HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

ET

ANTECESSORIS

OPERA OMNIA

Tomus Decimus

ET

COMMENTARIORUM

IN SELECTOS QUOSDAM TITULOS

DIGESTORUM

Volumen Primum.

Accedunt Castigationes Theologicæ.



MACERATAE MDCCCXXXII.
EX OFFICINA BENEDICTI q. ANTONII CORTESI.

SUMPTIBUS EDITORUM
Superiorum Permissu.

SPICILEGIUM OBSERVATIONUM VITAM HUGONIS DONELLI,

MAGNI QUONDAM JURISCONSULTI, ILLUSRANTIUM

AD ORATIONEM

SCIPIONIS GENTILIS

In funere ejus habitam accommodatum

AUCTORE

CAROLO SEBASTIANO FEIDLER,

IMPERIALIS JUDICII FORESTALIS ET MELLICIDARUM NORIMBERGENSIS ASSESSORE, ET CANCELLARIÆ REIPUBLICÆ NORICÆ SECRETARIO.

PRÆFATIO

Nemo potest negare, incomparabils et in elegantiori jurisprudentia versatissimi olim Jurisconsulti HUGONIS DONELLI præclara opera colligi et in unum corpus redigi jam dudum meruisse: Sed tamen plus quam centum et sexaginta annorum tempus elapsum est, quo nemo, qui de ea re, utilissima sane et multis exoptata, serio cogitaret, inventus est. Quare est, quod omnes in litteraria republica versantes, præsertim Ordo Jurisconsultorum, et sibi, et industrio, solertique viro D. Joanni Riccomini Lucensi typographo, ac bibliopolæ percelebri gratulentur de hac incomparabili Donellianorum Operum editione, qua illa præstantissimorum virorum consilio usus et jurisprudentiæ sectatoribus plurimum commodi attulit, et arti, officinæque suæ non levem gloriam paravit, et Hugoni Donello perenne monumentum erexit. Simile Donello hac in re fatum est cum DESIDERIO ERASMO, Roterodamo, cui urbs Roterodamensis multo post mortem statuam posuit, quemque JOHANNES CLERICUS colligendis omnibus ejus operibus et Lugduni Batavorum Anno 1703. decem Tomis edendis, insigniter honoravit. Hanc doctrinæ commendatio tenet prærogativam, ut post sæcula adhuc germinet, et quasi de novo ex cinere proveniat. Nemo fortasse majus gaudium, ob institutum hoc laudabile, quam ego habuit, cum scriptorum Donellianorum non solum æstimator sim singularis, sed et per viginti annorum spatium in colligendis elaborandisque vitæ curriculis clarorum Jurisconsultorum, qui in inclyta Universitate Altdorffina Norimbergensium docuerunt, (et inter quos DONELLUS unus ex tribus maximis ornamentis jure meritoque vocari potest) horis subsecivis sim occupatus. Optassem sane, ut de edendis Donelli operibus notitiam statim et ante accepissem, quam Tomus primus elegantissimæ editionis Lucensis lucem vidit; propterea quod nonnulla ad vitam ejus, ibi descriptam, pertinentia, comunicare cum cl. Editore mature potuissem: Sed cum factum infectum fieri nequeat, ideo in præsentiarum lectoribus a me proponuntur, quæ per multum tempus in variis eruditorum scriniis inveni. Felix quidem DONELLUS fuit, quod præstantissimum in funere oratorem, qui modo optari poterat, habuit. Clarissimus enim SCIPIO GENTILIS per plures annos Donello erat amicissimus et postea Collega, qui ex perpetua cum illo consuetudine omnes fortasse in vita ejus vicissitudines compererat. Observavit etiam SCIPIO GENTILIS debitam erga DONELLUM amicitiam fidelissime post ejus obitum. Magna quippe diligentia *Commentarios juris civilis*, qui Donello in deliciis fuerant, edidit, et ferme plura in his præstitit, quam quod tutor in amici sui liberis præstare potest. Omnia in parentatione dixit laude digna, quæ ab amico et honesto-

sto viro prædicari possunt, et elogia Donello attributa, tanto majus habent pondus, eique honori sunt, quanto certius est, ex ore laudatissimi magnique viri illa profluxisse. Quemadmodum autem SCIPIO GENTILIS illa occasione plura ex animi quodam affectu, quem Donelli mors in eo excitaverat, peroravit, quam eo consilio, ut accuratissimam describeret biographiam; ita etiam nonnulla omisit, quæ notatu digna sunt, et ab historiæ letterariæ cultoribus avide leguntur. Supplere illa studuit incomparabilis Dn. BUDERI diligentia, qui *diversorum Jurisconsultorum vitarum collectione optime meritus est.* Hincque jure, meritoque D. Riccomini orationem Scipionis Gentilis *Notis* D. Buderi illustratam Tomo primo præmittendam censuit. Quamvis autem Dn. BUDERUS laudabilem præstiterit diligentiam, attamen spicilegium non condemnendum restat, quod ex actis et documentis tum inclytæ Universitatis Altdorffinæ, tum illustris Reipublicæ Norimbergensis (quæ magnos omni tempore eruditos pluris æstimavit, et Donellum in illius et sui honorem amavit), omni cura collegi. Commodissimus quidem locus his annotationibus sub textu orationis SCIPIONIS GENTILIS fuisset, quia vero nunc prætermissa est occasio, separatim lectoribus nunc traduntur. Nihil amplius quod moneam, habeo, nisi quod in lectione mearum observationum oratio GENTILIS perpetuo adhibenda sit, quia illæ sine hac collatione non semper perspicue apparent. Cæterum in votis habeo, ut operæ meæ vitam Donelli illustrantes cultoribus historiæ litterariæ, præsertim vero Jurisconsultis, qui Donellum mecum æstimant, gratæ sint et acceptæ.

Vale lector benevole et conatibus meis fave. Dabam Norimbergæ, d. 16. Augusti Anno Christi 1765.

§. I.

Non quidem magni est momenti, ab his tamen, qui debita diligentia in foro litterario versantur, non negligendum, quod ab initio observandum esse existimamus, *orationem SCIPIONIS GENTILIS in funus Hugonis Donelli.* Statim, postquam habita fuit, typis traditam esse, et Anno 1591. Altdorfii in 4.° in dias luminis auras exiisse. Repetitam autem editionem ibidem 1641. in 4.° impressam habemus.

§. II.

Non minus utile quam jucundum porro erit rei litterariæ et biographicæ amatoribus, catalogum eorum hic subjungere, qui Donelli vitam non quidem omnes eodem studio, et diligentia, attamen ea descripserunt intentione, ut merita hujus præstantissimi ICti, pro suo fine, clariora redderent. Secundum ordinem vero temporis sequentem in modum se invicem excipiunt: 1) CASPARUS PAUMGARTNERUS in oratione, quæ inscripta est: *anniversaria in honorem D. Hugonis Donelli. Altorphi*, 1592. 4.° 2) *ICONES, elogia ac vitæ Professorum Lugdunensium apud Batavos, fol.* 34. 3.) *GE. MATTHIAS KOENIG. in biblioth. vet. et nov. p.* 257. 4) *MAGN. DAN. OMEISIUS in glor. acad. Alt. p.* 44. *et* 162. 5) *PAUL. FREHERUS in theatro virorum eruditione clarorum p.* 924. 6.) *PETR. BAYLIUS in dictionario* sub voce: *Doneau*; 7.) *NIC. HIERON. GUNDLINGII relatio de Hug. Donelli vita et scriptis*, in Bibliotheca nova P. XXIV. p. 279. et in ejusdem collectione parvorum opusculorum Germanicorum p. 253. 8) *Antoine Teissier dans eloges des hommes savans, tirez de l'histoire de M. de THOU, Tom. IV p.* 144. 9) *D. GE. Frid. DEINLINI annotationes ad vitam et scripta Hug. Donelli*, in Franconicis Actis eruditis et curiosis, P. XVII. *p.* 394. 10) *IOH. DAV. KOEHLERI monetales deliciæ historicæ Tom. VII. p.* 385. 11) *NICERON dans le memoires Tom. XXXIII. p.* 359. 12) *Les vies de plus celebres Jurisconsultes de toutes les Nations, tant anciens que modernes, par M. TAISAND, p.* 170. *seqq. et* 13) *GE. AMDR. MILLIUS in lexico Eruditorum Norimbergensium Tom. I. pag.* 283.

§. III.

Quod et aliis præstantissimis viris jam sæpe accidit, ut non defecerint subinde qui tempus nativitatis eorum diverso ab aliis modo annotantes, dubio quodam illud involverent, id et in DONELLO nostro factum est. Licet enim omnes, qui hujus viri mentionem faciunt, in determinando nativitatis anno 1527. consentiant; unicus tamen C. PAULGARTNERUS, in oratione antea citata, narrat, DONELLUM anno supra sesquimillesimum vigesimo tertio esse prognatum. Sed in hac anni constitutione tanto certius errorem commisit, quanto evidentius in monumento sepulchrali adhuc in templo Altdorffino extante, et cui tanquam publico documento major fides est tribuenda, apparet, DONELLUM annos ætatis sexaginta quatuor complevisse, quæ computatio anno natali 1527. et emortuali 1591. respondet.

§. IV.

Primum errorem, quem *Paumgartnerus* c. l. circa tempus nativitatis DONELLI commisit, excipit alter. Non enim vicesimo tertio nondum exacto ætatis suæ anno DONELLUS lauream Doctoralem jure suo assumpsit sibi, uti PAUMGARTNERUS existimat, sed cum annum vigesimum quartum ageret, hoc factum esse, extra omnem dubitationem positum credimus.

§. V.

Quod SCIPIO GENTILIS narrat de fundamentis religionis, ut ille ait, jactis in animum DONELLI nostri adhuc adolescentuli a sorore: id secundum narrationem PAUMGARTNERII c. l. contigit anno ætatis ejus duodecimo. Idem ille PAUMGARTNERUS et ERASMI scripta, præsertim ejus *militem Christianum et colloquia*, cum DONELLO a Sorore comunicata fuisse observavit. Et ne quid desit, quod ad DONELLI religionem spectat,

ctat, addimus, illum a IO. HERN. BOCRISTO in *diss. 1. de doctis apostatis pag. 18.* in horum numerum referri, quia sic dictæ Reformatæ religionis partes sequutus est.

§. VI.

Non extra dubitationem est, quod GENTILIS in citata oratione affirmat, BARONEM ICtum, (qui a. 1550. mortuus esse dicitur), DONELLI collegam fuisse. In utramque partem de hac re disputavit GUNDLINGIUS *in vita Donelli* §. *V.* add. *Acta Franconica. P. XVII. p.* 399. *seqq.* sed nil certi ab utroque auctore definitur. Illis interim ICtis, quos GENTILIS DONELLO collegas dedit, PAUMGARTNERUS c. l. ANTONIUM CONTIUM, CONANUM, et FRANCISCUM BALDUINUM; et *Acta Franc.* c. l. *p.* 401. JOANNEM MERCERIUM, reliquorum societate nomina non indigna, addunt.

§. VII.

DONELLUM Biturigibus expulsum, Aureliæ quoque docuisse jura, perhibet quidem *Programma funebre* sub Rectoratu EDONIS HULDERICI Altdorfii, scriptum, et veteri editioni Opusculorum postumorum Donelli insertum. p. 481. Sed hæc traditio caret probatione. Nec GENTILIS, cujus diligentiam hanc memorabilem vitæ Donellianæ vicissitudinem effugisse vix credendum est, nec reliqui etiam Auctores hujus rei mentionem faciunt. Hoc autem certum, eum ad tempus, ex Biturigibus, ad Sacrocæsareum (Sancerre) securitatis caussa, profectum esse, quod PAUMGARTNERUS *in Anniv.* memorat. Vide et notam BUDERI 10. p. 6. editionis hujus Tom. I.

§. VIII.

Stationem Heidelbergensem DONELLO non displicuisse, documento est tempus sex annorum cum dimidio, per quod ibi Professoris munus tenuit, teste PAUMGARTNERO c. l.

§. IX.

Conferri merentur ad notam 16. cl. BUDERI p. 9. supra Tomo I. hujus editionis, ea, quæ PETR. BURMANNUS habet *in sylloge epistolarum a viris illustribus scriptarum Tomo I. p.* 45 in nota ad epistolam I. LIPSII ad THEOD. LEEUWIUM.

§. X.

Lectoribus non injucundum fore spero, et ea scire, quæ famigerantissimus ille JUST. LIPSIUS de habitu DONELLI senserit, et amicis suis exposuerunt. Anno 1583 P. EGMONDO, EVERARDO POLLIONI et PAULO BUSIO, Donellum abitum suum parare, nuntiavit, in cit. BURMANNI *sylloge Tom. I. p.* 57. 119. 124. Anno 1584. ad ANDR. DUDITHIUM, in LIPSII *Cent. III. misc. epist. p. m.* 107. sequentia scribit. *Donellus Jurisc. amice te resultat, quem Norici abstrahere conati a nobis ad Altorfianam Academiam, frustra. Manet enim mansurusque est: quandiu hæc schola.* Anno 1585. IANO DOUSE in BURMANNI *sylloge T. I. p.* 218. hæc narrat: *De abitu Donelli scripseram nuper, mentitus sum, rescribo, manet mansurusque est. Ita ligant hominem pallentia illa vincula. Tres menses jam insumpti in missione petenda, in convasando, in navi conducenda, tamen manet. Qui potest? inquies et quæ hæ tricæ? tu extrica; nam nos omnes hæremus: nisi quod artes illæ ibant ad alteram trecentorum adiectiunculam, si magistratui ita visum fuisset. At illi Batava hic nimis aure.* Tandem anno 1597. in LIPSII *cit. Cent. III. p. m.* 149 his verbis ad PAUL. MEMISSUM, Donelli habitum congemuit: *Justitia minatur: cujus (hoc quidem loco) præses, abit et deserit Donellus, non sponte: missum enim est a Scholarchis, caussis quas non dicam.*

§. XI.

Pluribus conatibus per plures annos opus fuit, ad Donellum ex oris Batavis in Accademiam Altdorffinam evocandum. Jam enim ab anno 1582. mutuum commercium epistolicum inter Norimbergenses Dominos Scholarchas, Vice-Cancellarium Senatumque Accademicum Altdorffinum, et Hugonem Donellum vocationis caussa incepisse, Manuscripta originalia hic loci bene asservata nos docuerunt. Præcipue primæ vocationis litteræ notabiles sunt, nomine Dominorum Scholarcharum Norimbergensium Donello missæ: *S. D. Clarissime et Eximie Vir. Non dubitamus T. Præstant ex aliis audivisse, de institutione et Incremento Academiæ Altdorfianæ, quæ sane, quemadmodum non exiguis sumptibus inchoata, et hactenus sustentata est: ita ab amplissimo Senatu Reipub. nostræ, nobis demandatum est, ut ea, quantum fieri potest, omnibus necessariis rebus instructa, conservetur et ornetur. Cum autem inter præcipua ornamenta, viri eximia doctrina et eruditione præditi, merito numerandi sint, inter quos: propter celebritatem nominis tui, te recte honoris causa nominamus, nihil gratius nobis accidere posset, quam ut tua præsentia hanc nostram Academiam ornare et celebriorem efficere posset. Hoc ideo scribimus, quoniam nobis judicatum est ab omnibus fide dignis, tuam Præstantiam in loco illo, quo nunc degit, propter aëris constitutionem, suæ valetudini non satis commodam neutiquam diutius commorari constituisse, sed in Germania superiore et interiore, sibi de conditione aliqua commoda et fixa sede, circumspicere. Cæterum cum non ita pridem de voluntate ex eximia benevolentia tua erga nostram Academiam, ex literis et relatu amicorum, egregia indicia cognoverimus, omittere non potuimus, quin vice versa et nostrum animum T. P. declaremus, si videlicet T. P. Academia nostra arrideret, tibi in illa locum honestum et conditionem tuæ eruditionis eximiæ non inconvenientem, paratam esse. Quare T. P. rem gratissimam nobis fecerit, si cum hoc nostro*

stro peculiari tabellario nobis rescripserit, quid expectandum nobis a te sit. Etsi enim neminem potiorem præter T. P. hoc tempore, propter celebritatem nominis, et peculiarem dexteritatem explicandi nodos volumina Juris, expetimus: tamen, si fortasse T. P. vel isthic detineretur, vel ad nos venire aliis de causis impediretur, danda nobis opera esset, ut locus, qui nunc vacat, non inanis relinqueretur. Hæc T. P. cui nostra studia et officia deferimus, præ cæteris, significanda duximus.

Vale

Datæ Norībergæ die XXIX. Mensis Septembris. Anno Christi 1582.
Tui nominis et dignitatis amantes

Hieronymus Paumgartners.
Bartholomæus Poemers.
Antonius Geuders.

Senatorii Ordinis Noriberg. et Academiæ Althorfianæ Scholarchæ.

Responsio autem DONELLI ad has sequens est: *Clarissimi Nobilissimique Senatores, Domini observandi, Multum debeo honorificis de me judiciis vestris: multum singulari benevolentiæ, qua me absentem tam procul prosecuti estis. Sic enim me accipere oportet benevolam et liberalem invitationem literarum vestrarum cum summa testificatione egregiæ voluntatis conjunctam, qua vobis visum est dignum me habere præ cæteris, quem ad locum professionis juris in Academia vestra vacuum amantissime et cum spe liberalis conditionis invitaretis. Agnosco beneficium. Non enim ignoro, quantum sit talibus et tam præstantibus viris placuisse: ne illud quidem, quantum sit istum locum a nobilissima et præstantissima totius Germaniæ civitate, id est Norimberga, esse mihi delatum. Detulit enim illa, cum vos quibus datum est, illius nomine detulistis. Itaque vellem, esset in me aliquid, quo possem mutuum animum testari, et in eo quod a me expeti video, sanctos conatus vestros et studia in Remp. opera mea adjuvare; quibus propositum est Academiam a vobis feliciter et salubriter institutam non solum tueri et augere; sed etiam quam optimis rebus omnibus excultam et florentem tradere posteris. Et erit fortasse, cum det Deus, ut studium quoque nostrum in partem hujus operæ conferamus. Sed quisquis eventus futurus est, quando id Deus novit, si re desirium vestrum subsequi non licebit, certe ab animo illud possum polliceri me amantis istius animi et beneficii in me vestri nunquam immemorem futurum. Quod ad petitionem vestram attinet, quando de conditionibus oblati muneris nihil scribitis, facile animadverti, quod et literæ vestræ apertius alia parte significant, id solum voluisse vos de mea voluntate cognoscere, num forte animus esset invitato mutare hunc locum, et de voluntate conditionis sequendæ spem aliquam facere: ut si negarem, prospiceretis aliunde loco vacuo: si annuerem, vos posterius de conditionis ratione cogitaretis. Vellem hic fuisset in literis E. V. certius aliquid, ex quo et ipse potuissem consilium certius ad respondendum capere. Nunc omnem recte deliberandi occasionem illa incertitudo adimit. Scribam tamen in ea incertitudine quantum licet, quantum puto ad sententiam animi vestri pertinere. Si de mea voluntate quæritur, est quod apud E. V. vere profitear, nihil mihi optatius contingere posse, quam si quid possim facere, quod vobis, et toti Germaniæ sit gratum. Ego enim in Germania; per quot annos ibi vixi, a Germania ita sum acceptus, non solum ut illi vixerim non ingratus hospes, sed etiam quæcunque officia humanitatis et benevolentiæ esse solent, ea publice privatimque ubi occasio tulit, sim expertus. Hæc animo meo Dei beneficio non exciderunt, neque porro illo dante committam unquam ingratitudine, ut illa excidisse jure cuiquam videri possint. Quamobrem ita animo sum affectus, ut cupiam si quid in me studii est, atque officii, illi rependere. Si tamen honestis conditionibus, et quales ipsa agnoscat, liceat id facere. Hæc enim Prud. V. facile occurrant, longum esse iter ad vos. Mutationes tam longinquas nisi magna de caussa, et consulto consilio susceptas nulli prudenti probari solere, præsertim ea ætate, ad quam perveni. Sed tum maxime ridiculas videri, ubi ex honesto loco, commodo, et amante ad ignotum repente sit mutatio. Nam ut de hoc loco, in quo nunc sum, et fui usque adhuc dum vixi in his regionibus, vere vobis scribere liceat; vereor, ne amici illi, quorum literæ vestræ meminerunt, cum vobis retulerunt me constitutione hujus aeris offendi, et propter valetudinem non constituisse diutius in hoc loco commorari; vereor, inquam, ne affinitate nominum lapsi de Danao hæc audirent, quæ et vera erant, de Donello, idest, de homine amico, et item Gallo, ac pene populari, dici existimarint. Ego quidem nusquam habui melius, nec tota familia mea. Conditio ita est, ut nulli honestior quacunque dignitate sit, deferatur. Hospes ita habeor, ut cives ipsi possint invidere: veruntamen et illis non modo gratus, sed etiam expetitus. Sed tamen quidquid hic est, potest ea esse voluntas amplissimæ et munificentissimæ urbis, et ex ea voluntate eæ conditiones vestræ, ut his susceptis facile vitari possit macula temerariæ mutationis, et migrationis molestia eo pacto leniri. Quod si acciderit, ego E. V. non tantum paratus sum obsequi; sed etiam ultro et ex animo jam nunc operam ac studium ad eam rem defero. Res cum sit juris et arbitrii vestri erit prudentiæ vestræ existimare, quid de conditione tota vobis videatur, sive quod ad stipendii aliquam dignitatem, sive quod ad habitationem, sive quod ad viaticum pertinebit. Quod dum facitis, literas vestras expectabo. Aut si his nostris lectis jam nunc alia mens E. V. futura est, quam ut in eadem vocatione maneatis: nihilominus manebo is ego erga Excellentias V. quem me esse ante sum testatus, qui se scilicet E. V. de honore sibi habito, et propensa benevolentia vestra erga se plurimum debere profiteatur, polliceaturque se vicissim perpetuo ani-*

animi cultu atque observantia clarissimi nominis vestri memoriam libenter usurpaturum.

Valete, Viri Clarissimi.

Lugduni Batavorum XIV. *Oct.* cIↄ Iↄ LXXXII.

Excellentiis et dignitatibus vestris.

deditissimus

Hugo Donellus.

Cum autem DONELLI vocatio ad curatorum Academiæ Leidensis et Principis Auriaci aures venisset; hic Princeps litteras ad Dominos Scholarchas, Vice-Cancellarium et Senatum Academiæ Altdorffinæ scribi jussit, quas cum lectore benevolo ex autographo communicamus:

S. P.

Quod clarissimum virum D. Hugonem Donellum ad professionem Juris civilis in academia Aldorphiana vocaveritis, id nobis minus mirum visum est, Viri amplissimi, quod eximia ejus doctrina celebri omnium sermone et fama nobis perspecta fuit, Eoque nomine vobis gratulamur, quod labescentibus literarum et doctrinarum studiis, vestra diligentia subveniri conamini, uti non tantum in instituenda, sed etiam exornanda academia vestra omnibus notum perspectumque fecistis. Hoc vestrum tam justum desiderium non tantum non impedire, sed etiam promovere ea in re conati fuissemus, nisi tanti viri absentia, ea ipsa studia quibus tantopere: idque jure faventis, tantam apud nos jacturam factura essent: quantam nostra industria vix longo post tempore resarcire possemus. Nam cum in mediis hisce bellorum æstibus, quibus solent fere ut leges, sic studia silere, tantum tamen nobis Dominus concesserit beneficium, ut tacentibus omnibus Belgicis academiis novam erexerimus, herectamque ad hunc usque diem foverimus, eam sartam et tectam ut conservemus, nihil a vobis, quod in nostra potestate erit, prætermittetur. Verum quam in academiis retineat partem juris Cæsarei studium, quia vobis satis est cognitum, judicare potestis quidnam de nostra vix adulta academia futurum sit si is qui solus sua auctoritate et doctrina quodammodo hæc studia rexit, a statione illa discedat, quam ad hunc usque diem tam laudabiliter tutatus est. Hæ causæ, Viri amplissimi, nos moverunt, cum in Hollandiam nuper venissemus, intellixissemusque per ipsum doctorem Donellum, quid vos ipsi, quid ipse vobis scripsisset, multorumque virorum bonorum et prudentum judicio moniti insuper fuissemus, quantum ejus absentia cladis esset illatura rebus nostris, atque adeo omnibus istis regionibus, quæ unicam habent hanc academiam, ad quam confluere bonarum literarum studiosi queant, ut huic vestro, ipsiusque Donelli desiderio subscribere non potuerimus: præsertim cum id ipsum quoque Ordinibus hujus provinciæ ita sit visum. Hoc vero putavimus pro vestra summa prudentia vos non tantum in bonam esse accepturos partem, sed etiam pro vestra æquitate et erga literas studio esse comprobaturos. Non etenim quæ vestra est in judicando æquitas, unquam sentietis, propter spem futuri alicujus boni, præsens, idque grande malum damnumque academiæ jam institutæ et inprimis Donelli nostri auspiciis auctæ: inferendum esse. Nostrum vero hac in re judicium et consilium hoc in negotio vobis censuimus esse significandum quamprimum, ne diutius in Donellum intenti, alium paris doctrinæ et dignitatis visum asciscere negligatis. Nam ut nobis qui jam veluti in possessionem venimus, plus in Donellum competit juris: sic vobis in summa quiete et otio versantibus, et omni rerum copia abundantibus, facilius erit alium ad vos evocare, quam nobis, qui in mediis bellorum tumultibus, interque strepitus et tubarum clangores, nostram utcunque dignitatem tuemur; literarumque studia pro nostra tenuitate non illiberaliter sustinemus. Eam sane de V. A. opinionem concepimus, ut certo nobis sit persuasum hoc nostrum concilium in optimam partem vos esse interpretaturos. Sicubi autem opera nostra nostrumque studium vobis esse possit usui, animum erga vos nostrum semper fore propensissimum vobis, idque certo persuadete.

Valete viri amplissimi.

Datae Haghae Batavorum die 22. mensis Decembris Anno M. D. LXXXIII.

Vestræ Ampl. *amicissimus*

Guilhelmus a Nassau.

O felicia tempora! in quibus Principes viris studiis deditis tantum statuerunt pretium, illos tam honesto loco et tam charos habuerunt, ut illos dimittere malum damnumque esse duxerint. Responsionem Dominorum Scolarcharum, quæ desiderium illorum DONELLUM in academia Altdorffina habendi non minus, quam reverentiam erga Principem declarat, ut ea quæ SCIP. GENTILIS de hac re narrat, ex ipsis publicis documentis confirmentur, apponendam existimavimus, et hujus tenoris est: *Illustrissime Princeps, et generose Domine; literas Illustriss. celsitudnis tuæ, quibus ea nobis benignissime causas, et excusationes exponit, quæ clarissimum Jurisconsultum D. Hugonem Donellum in Academia sua Lugdunensi Batavorum detinent, quo minus ad nos, sicut bona in spe fuimus, hoc tempore pervenire possit, ea qua reverentia docet, submisso studio accepimus. Etsi autem nobis gratissimum accidisset, si D. Donellum (quem nostrum fore putavimus) in Academia nostra Altorphiana, tanquam singulare atque eximium ornamentum et decus habere et conspicere potuissemus: tamen nostrum propositum nunquam fuit, eum obstrictum, ne dum invitum cum damno et jactura Academiæ Celsitudinis tuæ, quæ sicut ex literis Rectoris et Senatus Academiæ cognovimus, tanti viri præsentiam unice desiderat, et eo hoc tempore carere commode non potest, isti abstrahere, illamque hoc ornamento et præsidio veluti spoliare, et contra voluntatem celsitudinis tuæ et aliorum, qui modo plus Juris in eum habent: nobis eum vendicare, idque satis testantur literae nostrae ad illum missae. Quemadmodum enim hac in parte graviter ferremus, si nobis tale aliquid contingeret: ita quod nobis fieri nolumus, nos authores esse non docet, ut aliis itidem eveniat. Certo autem affirmare possumus, nos jampridem ex literis, et relatu amicorum cognovisse, D. Donellum multis de causis constituisse sponte alio, et propemodum in meditullium germaniae migrare, ejusque operam non uno in loco requiri, quod nos movit, ut mature, ne ab aliis praeveniremur, ipsius voluntatem certius exploraverimus, quam cum* non

non alienam a nobis cognovissemus, de conditione Altorphiana liberius ad eum scripsimus, et de illa convenimus; quod sane a nobis intermissum fuisset, si tam voluntatem Celsitudinis T. quam ipsius impedimenta, et amicorum ejus desiderium antea exploratum habuissemus. Quare Illustriss. Princeps ut nos excusatos habeat Celsitudo tua, et quicquid hac in re a nobis factum est in benigniorem partem interpretari velit, obnixe rogamus. Quod facilius futurum confidimus, cum tam Celsitudinis tuae vota et voluntas, quam nostra (licet exigua ea sit, et cum Celsitud. T. benignissimo favore et authoritate comparari nequeat) hac in parte par fit, et ad eandem metam tendat, ut videlicet, studia bonarum literarum, inprimis Jurisprudentiae studium, contra ingruentem barbariem propagetur, et defendatur. Ideoque sicut benignissimum studium Celsitudinis T. in retinendo D. Donello laudamus potius, quam vituperamus: Ita desiderium nostrum in eo carendo aequiori animo toleramus, imo ipsi gratulamur, quod tantum patronum, qui turbatis rebus et propemodum in medio ardore belli, ejus dignitatem et nominis celebritatem, non negligendam, sed potius tuendam susceperit, consecutus sit. Liberum igitur quo ad nos erit ei, sub patrocinio Celsitudinis T. non obstante policitatione nobis facta, manere, quamdiu illi commodum erit, sed veniam nobis dabit Celsitudo T. ut deinceps quoque si denuo is in germaniam nostram remeare cogitaret, potiores partes in eo nobis sumamus, neque plane juri nostro, quod in illum nobis competere cœpit, cedamus. Caeterum ne prolixiores simus, optamus sane, ut isthic et alibi, cessantibus tandem diris bellis, tumultibus et intestinis odiis sopitis, pacis et tranquillitatis aureae studium denuo redeat, ut bonae artes et disciplinæ pacatis rebus sub patrocinio et tutela Principum Virorum, magis ac magis florere et crescere possint. Illustrissima Celsitudo T. bene et feliciter valeat, nosque benignitate sua eximia complecti pergat. Cui nostra obsequia et studia submissæ voluntatis offerimus. Norimbergae, prid. Cal. Aprilis, M. D. LXXXIV.

Illustriss. Celsitud. Tuae

Studiosissimi
Scholarchae, Vice-Cancellarius
et Senatus Academiae Altorphianae.

Non defuerunt quoque viri docti, ante et post quam hæc acta fuerunt, qui adventum DONELLI in academia Altdorffina optarunt. Cujus rei docendæ caussa dabimus verba, quæ ex scripturis originalibus desumpsimus, ubi D. EDO HILDERICUS ad Dn. HIERON. PAUMGARTNERUM d. d. Altdorffii 12. Jul. 1583. scribit: *In litteris, Domino doctori Giphanio scriptis Doctor Donellus non obscuram nobis spem facit, se brevi nostrum fore: non ita magni momenti ea esse, in quibus adhuc nescio quam declarationem ab optimo Senatu vestro expectet. Sed inclitus Senatus pro sua prudentia facilem se erga hunc virum, ut eum brevi habeamus, procul dubio præbebit. Deo adjuvante florentem habebimus scholam Juridicam, si et ipse huc venerit. Judicio tibi maximam deberi gratiam, quod in amplissimo, et prudentissimo Senatu vestro rem eo curasti perduci, ut tantus vir legitime huic si vocatus. Quæ restant, Deus quoque fortunabit. Si tuæ amplitudini non displicet, ut meae literae Doctori Donello inscriptae, ad eum mittantur: peto ut id fiat, nisi tabellarii commoditas jam sit neglecta. Tantum hoc in meis literis ago, ut intelligat se ad homines sui amantissimos venire, si veniat.* Et PAUL. MELISSUS ex Heidelberga eidem PAUMGARTNERO Cal. Oct. 1587. *De Hugonis Donelli missione tibi per Molitorem significavi; Vestrum erit, occasionem ejus nanciscendi non negligere. In tempore vos certiores feci: atque ex nundinis Francofort, ad illum litteras commode mittere potuistis.* Venit tandem diu optatus desideratusque DONELLUS Altdorffinum, lætus hoc nunciat HUBERTUS GIPHANIUS in literis ad IOH. LOBBETIUM d. Altorphii, 13. Junii 1588. datis, raro exemplo novum collegam laudibus novis tunc temporis mactans, his verbis: *Venit huc tandem D. Donellus venerandus senex, vegeto tamen et animo et corpore sic satis. Leidenses auctore quodam Johanne Dusà, et eum secuto Justo Lipsio contumeliose tantum virum dimiserunt. Fere eadem ejus, quae optimi senis fortuna. Dusam novi capitalem hominem, cujus fere mancipium est Lipsius. Is Dusa gravi de crimine Ultrajecti per sex menses in carcere fuit, capitis periculo tandem precibus quorundam liberatus, ac Leidam reversus in optimum ac doctiss. Senem sævire cœpit, Lipsio, ut olim nostrum Beuthero, eum deferente, sed callide ac dissimulanter. Hic est illa Dusa in quem ridicule aliquot elogia Heidelbergenses proximo mercatu ediderunt. Noster nunc est Donellus quem illi extruserunt et* ἄκριτον *ejecerunt. Eum Senatores Norici multi summa benevolentia complectuntur. Spero fore, ut ejus celebritate nominis ac doctrina nostra hæc Schola egregie brevi celebretur.* Quæ litterarum verba legi possunt in *Monumentis pietatis et litterariis virorum in republica et literaria illustrium* (Francofurti ad Mœnum, 1702. in 4.°) *P. II. p.* 151.

§. XII.

Commentarios suos in Codicem illustri Senatui Norico DONELLUS non prius inscripsit, quam institutum suum GIPHANIO aperuisset. Approbavit illud GIPHANIUS testantibus literis ad DONELLUM d. 5. Jun. anno 1587. missis, apud MARGU. GUDIUM *in epistolis p. m.* 350. *in iis tuum consilium probabam, quod ceperas de commentariis quibusdam tuis Senatui Norico inscribendis.* Tandem impetrata GIPHANII approbatione mittit DONELLUS Dn. HIERON. PAUMGARTNERO sequentem ex originali desumptam epistolam: *S. P. D. Emisi his mensibus commentarios quosdam meos in lucem, quos visum est pro meritis et singulari benevolentia amplissimi Senatus vestri erga me inscribere vobis, qui Reip. praeestis: in quibus tu principem locum tenes, eamque ego pro tempore occasionem nactus conatus sum pro vetere notitia et amicitia nostra in limine ipso virtuti isti et praestantiae tuae testimonium, quod potui, reddere; quod tibi a vetere amico profectum non ingratum fore confido. Quia autem commentarii iis ad quos veniunt, offerendi erant, et neminem habeo Noribergae, per quem facile aut honeste curare possim, peto*

to

to a te, V. E. pro eo ac me faciendum putas, ut mihi hanc operam commodes, quo per te ad ampliss. Senatum commentarii commendatiores veniant, in quo te pro dignitate et auctoritate tua plurimum posse scio. Et permagni mea refert eos ita accipi. Scio enim, quantum tibi privatim, quantum in commune judiciis omnium vestris amplissimorun virorum debeam in ea vocatione, quam superiores anni viderunt, quo nomine me omnibus vobis, tibi praecipue multis modis obstrictum esse agnosco. Huic benevolentiae si non respondeo accepta aliqua gratiarum actione, verendum mihi est, ne si non superbi certe parum grati hominis factum esse videatur. Quare rursum abs te etiam atque etiam peto, ut commentarios humanitate tua non indignos judices, favore tuo juves. Ad ea merita, quae a te antecesserunt, hoc etiam adjeceris dignum virtute et constantia tua; et magis ac magis eum tibi devinxeris, qui se cupit quamplurimum tibi debere. Vale, vir Amplissime.

Lugduni Batavorum 15. *Febr.* 1587.

Excellen. T. *addictissimus.*

Hugo Donellus.

Qua occasione Dn. HIERONYMUS PAUMGARTNERUS illustris Senatus nomine Cal. Sept. anni ejusdem litteras responsorias laudibus plenas DONELLO scripsit, simulque donum pecuniarium pro dedicatione misit. Verba litterarum vero, et quidem ex Manuscripto, ita sonant: *Quod ad commentarios tuos attinet Senatui nostro dedicatos et illi a me tuo nomine oblatos, jussus sum pro tam insigni dono et praeclara tua in hanc Rempubl. voluntate ingentes tibi illius nomine agere gratias, ac ut vicissim illius in te exstet voluntas atque gratitudinis testimonium, mittuntur ad te sexaginta aurei. Rhenani, quos ut boni aequique consulas etiam atque etiam peto.*

§. XIII.

Jam supra §. 3. observavimus, DONELLI nativitatis annum diversimode notari; non mirum ergo est, si et ætatis anni varie constituuntur, PAUMGARTNERUS eundem errorem cum CUIACIO committit, DONELLUM anno ætatis 68. mortuum fuisse, falso indicans. Alii ut CASP. CUNRADUS *in prosopographia melica, Millen. II. p.* 55. et THEOD. EBERTUS *in Eulogiis ICtorum p.* 44. dicunt, DONELLUM sexaginta septem annos vixisse, sed sine probationis fundamento. Extra omnem dubitationem diem et annum, quo animam efflavit, ponit Epistola D. EDONIS HILDERICI; qua tristem hunc casum Dominis Scholarchis ita nuntiat: *S. D. Amplissimi, et prudentissimi Domini Scholarchæ, amici, et patroni omni observantia colendi, talis est vitæ humanæ conditio, ut non semper læta, et optata narrando, et scribendo nostris amicis afferre possimus. Quare amanter a vestra amplitudine peto, ut ea mihi ignoscat, si officii ratione id vobis significare cogat, quod non minore vos dolore afficiet, quam nos affecit, qui hic sumus præsentes. Hodie paulo ante horam duodecimam, placida morte ex hac ærumnosa vita ad cælestem vitam evocatus est clarissimus vir Dominus Doctor Hugo Donellus, lumen Academiæ nostræ, et ingens decus omnium totius Europæ Jurisconsultorum, qui proculdubio triste sui desiderium omnibus Juris studiosis, ubicunque illi sunt, propter hanc ex vita subitam emigrationem relinquet. Sciunt enim illi, hunc talem et tantum virum, si diutius superstes fuisset, plura in lucem editurum fuisse, quæ omnibus Juris studiosis plurimum profuissent. Sed hæc nunc prætermitto. Nunc tantum vestræ amplitudini significare volui tempus obitus hujus tanti viri, ut hanc Academiam vestro consilio adjuvare dignemini, quod tempus, quique locus sit tribuendus sepulturæ ejus, et quæ præterea in honorem defuncti fieri velitis. Dominus Deus vos omnes et Reipublicæ vestræ, et huic Academiæ, et omnibus piis in hisce periculosis temporibus quam diutissime incolumes conservet. Valete.*

Altorphii die 4. *Maii, Anno Christi* 1591.

Vestræ amplitudini *addictus*

Edo Hildericus D.

et pro tempore Academiæ Rector.

Meritis laudibus non minus mortuum, quam vivum, DONELLUM cohonestavit HILDERICUS, ut honestum virum decet. Aliter plane GIPHANIUS pro sua inconstantia et animi levitate. Quem vivum omni honore et laude prosecutus fuerat, hunc mortuum injuriis plane indignis affecit. Observavit hæc excellentissimus quondam Dn. D. GE. FRID. DEINLEIN, Professor publicus et Facultatis Juridicæ Altdorfinæ Senior gravissimus, *in Act. Franc. P. XVII. p.* 412. ubi GIPHANII judicium proletarium ex manuscripto cum lectoribus communicat, quod et hic repetere volumus: *De Donello miror Scipionem nostrum ei tantum tribuere apud suos plane abjecto. Quis enim vel Cujacius, vel Hotomannus, vel Brissonius, vel Baluinus, vel Fabes, vel Pithoeus ejus vel verbo meminit? Et nisi me parerga Scipionis fallunt, abhorret ipse ab* ἀπειροκαλία *illa nulla nec artis nec ingenii lumine distincta. Et hic tamen, qui Philosophiæ nullam partem gustarat, juris artem nobis tradere est conatus. Scilicet quam voluit Cicero, Crassus, Pompejus et ipse Cæsar. Sed, inter nos. Est ne id olim conatus Crassus et Pompejus? Cicero quidem de Jure Civili in artem redigendo librum olim edidit, et Cæsar, teste Suetonio, non artem, sed brevitatem quandam cogitarat. Sed de Crasso nihil tale legi, nisi si quod Cicero ut in dialogis assolet, fingit sibi, affingit ei, id est, sibi ipsi hoc consilium. Crassus enim est ipse Cicero. De Pompeio non satis memini, tu subiicies, et ego tibi hoc reponam, quod aptius sit in Donellum elogium ex Cicerone in Curionem: Neminem ex his quidem, qui aliquo in munere fuerunt, cognovi in omni genere honestarum artium tam indoctum, tam rudem; nullum ille poetam noverat, nullum legerat Oratorem, nullam memoriam antiquitatis collegerat, non publicum ius, privatum et civile vulg. more et modo cognoverat. Cicero in Bruto p.*

Hubertus Giphanius

A. 1596.

Cæterum DONELLUS noster quadraginta annos jura docuit, quod tempus LAMBERTUS LUDOLPHUS PITHOPÆUS his composuit versibus:

Sic jus ter denos docui, et his quinque per annos,
Et fuit hic vitae cursus et ordo meae.

§. XIV.

Quam charus DONELLUS noster magnis fuerit viris, exemplo PHIL. CAMERARII illustrare vo-

volumus. Luget ille mortem DONELLI in *horis subcisivis Cent.* 3. *c.* 63. *p. m.* 126. sequentibus *Eo autem magis animus meus quasi stupet, et a dicendo hoc tempore deterretur, quo dolor recentior, atque desiderium meum vehementius est. In conspectu enim est locus, in quo magnus ille Donellus noster, ornamentum et columen huius Academiae non ita pridem sedit, et me qualiacunque fuerunt quae proferebam, dicentem, attente, et sicut ipse solitus fuit dicere, magna cum voluptate, audivit. Video, inquam, non sine ingenti perturbatione, eum ipsum locum, ob recentem illius decessum, desolatum, et veluti summum decus, amissum, requirentem: Quod sane luctum meum et vulnus animi interiecto unius et alterius mensis spacio, aliquo modo obductum, magnopere renovat, et quasi refricat. Quis enim tam stupidus est, qui non hac subita mutatione, de imbecillitate et vicissitudine rerum nostrarum admoneatur, planeque intelligat, nihil esse incertius rebus humanis, nihil quod tam facile dilabatur, ac fluat? et cum venti nostri valde secundi, fortunaeque prosperae videntur, tunc maxime imminere nobis atrocem tempestatem, instare aliquod magnum malum, vicinamque esse fragilitatem, et labefactionem ipsarum? Utinam hujus, minore cum Academiae nostrae iactura, et damno, documentum aliud haberemus! Utinam remedium idoneum et sufficiens reperiri posset, quo vulnus hoc Academiae, obitu summi viri, illatam, sanare concederetur. Et si autem mei proposito hoc tempore non est, laudes tanti viri decantare, et eius memoriae veluti parentare: non possum tamen tacere, quod vere praedicare possum, quodque cognitum pluribus esse scio: Quaemadmodum Donelli nostri praesentia huic actui annis superioribus, honori, et ornamento magno erat: ita nunc absentiam eius, omnibus bonis, gravissimam et luctuosissimam esse.* ET SCIPIO GENTILIS orationi in obitum ejus habitæ sequentes versus adjecit:

Ipse Donellus obiit, decurso lumine vitae,
Qui genus humanum ingenio superavit, et omnes
Praestrinxit stellas, exortus uti æthereus Sol.

Pietatem ejus autem PAUMGARTNERUS laudat hisce verbis: *Jam quia linguam nostram Germanicam minus intelligebat: Saturni semper diebus, modo invaletudine non impediretur, D. Pastorem M. Georgium Sigelium Theologum exercitatissimum, Evangelium Domenicale* μεθόδω ἀνάλυτικη *explicantem sedulus audiebat, suoque conabatur exemplo Juventutem ad amorem et venerationem Sacri condocefacere ministerii.* Conferatur etiam IOH. PHIL. SCHMIDII *Schediasma: Juristengute Christen*, §. 41. *p.* 46. *seq.* De reliquo hanc sibi laudem propriam fecit, quod antiquitates Romanas cum solida scientia legum naturalium et civilium conjunxit; singularem quidem methodum, difficilem tamen et amœnam eleganti stylo proposuit; et quemcumque locum, ubi docuit, spectabilem fecit. Præterea commemoratione dignissimum sane est, memoria eum præ cæteris adeo excelluisse, ut totum juris corpus a capite ad calcem verbotenus recitare valuerit (vid. BUDERI notam 19. supra T. I. p. 10. allegatam); quæ cum aliis quæ de eo narrari hic possent, in jam adductis Auctoribus latius leguntur. Quod et linguarum Orientalium fautor singularis fuerit, et IANUS DRUSIUS illi alphabetum suum Hebraicum dedicaverit, ex THEOD. EBERTI *eulogiis Jurisconsultorum p.* 43. discitur. Denique præter monumentum in templo Altdorffino memoriæ Donellianæ positum etiam numisma argenteum in ejus honorem, cusum est, in cujus parte una caput DONELLI repræsentatur., in altera vero symbolum ejus ex epistola Pauli ad Romanos Cap. XIV. v. 8. legitur: *sive vivimus sive morimur, Domini sumus: Domino vivendum et moriendum.* Conf. quoque TEOD. CRUSII *symbalotheca docta p.* 177. *et Museum Mazzuchellianum, seu numismata Virorum doctrina præstantium, quae apud Io. Mariam Comitem Mazzuchellum Brixiae servantur: a Petro Antonio de Comitibus Gaetanis, Brixiano Praesbytero et Patricio Romano, edita atque illustrata; accedit versio Italica studio Equitis Cosimi Mei elaborata* (Venetiis, 1761. fol.) Tom. I. tabula 96. n. 7. p. 423. seq.

§. XV.

Catalogum scriptorum hujus præstantissimi Jurisconsulti, quem Cl. Buderus Vitæ Donellianæ adjecerat, in hac editione video consulto omissum propterea, quod ipsa editio universa Donelli Opera exhibeat. Ego vero, quo quæque tempore in publicam lucem prodierint, indicabo.

Tractatus de usuris, fructibus et mora prodiit Parisiis, 1556. 4.° *(a)*

a) Hi tres tractatus (quos MAJANSIUS *in epistolis p.* 253. perquam doctos et elegantes nominat) reperiuntur etiam in infra allegatis Operibus prioribus Donelli. GUNDLINGIUS *in collect. parv. opusc. germ. p.* 305. forsitan erravit, quum annum 1555. adduxit; sed NICERON *dans les memoires pour servir a l'histoire des hommes illustres dans la republique des lettres T. XXXIII. p.* 364. nobiscum annum 1556. posuit, qui etiam dedicationi ad MICH. HOSPITALEM (in Operibus prioribus) respondet. BUDERUS *c. l. p.* 123. allegat præter Parisiensem editionem, aliam Francofurti 1589. in 4.° impressam.

Tractatus de pignoribus atque ædilitio edicto editus est anno 1558. *(b)*

b) Inter opera priora hi duo tractatus locum occupant quartum et quintum. Exstant quoque in *corpore selectorum tractatuum de pignoribus et hypothecis*, Francof. 1586. fol. edito, p. 193-221. In *Bibliotheca Bodlejana* duæ aliæ adducuntur editiones, scilicet Coloniæ, 1569. in fol. et Venetiis 1584. In alia collectione etiam Tractatus de pignoribus legitur, qui rubro prodiit sequenti: A. NEGUSANTIUS, F. BALDUINUS et H. DONELLUS *de pignoribus et hypothecis, acc. P. VANDERANUS de privileg. creditor.* Lugd. 1562. 8°. BUDERUS c. l. p. 122. eundem tractatum de Pignoribus et hypothecis, Francofurti apud Petrum Fischerum et Nicolaum Roth, 2589. in 4.° editum, memorat. Extat etiam in *Tractatu universi juris* Tomo VI. P. I. n. 207.

Ad legem Justiniani de sententiis, quæ pro eo quod interest, proferuntur: sive de eo quod interest, liber excusus est Lutetiæ, 1561. 4.°, Recus. Francofurti, 1574. 8.°, Heidelbergæ 1574. 8.°, Neostadii, 1580. 8.°, Altorphii, 1589. 8.°, item excudebat Gabriel Carterius,

1596.

1596. 8.°, et Legduni Batavorum, 1630. 8.° Occurrit etiam in Commentariis ad Codicis Justinianei partes.

Ad titulum Digestorum, de rebus dubiis, commentarius. Biturigibus, 1571. 8.° Recus. Antuerpiæ 1584. 8.°

Commentarii ad titulos Codicis de pactis, et de transactionibus. Biturigibus, 1572. 8.° Recus. Parisiis, 1573. 8.°; item cum FRANC. HOTOMANNI disputatione de pactis. Coloniæ Agrippinæ 1574. 8.° Auctiores et emendatiores lucem viderunt in Commentariis ad Codicis Justinianei partes.

Commentarius ad titulum π. de præscriptis verbis, et in factum actionibus. Hidelbergæ, 1572. 8.° Recus. ibid. 1574. 8.° et 1580. 8.° Legitur hic commentarius quoque in Commentariis ad Codicis Justinianei partes.

Assentior autem iis, qui libellum editum anno 1573. 8.° sine loco sub hoc titulo: *Zacheriæ Furnesteri defensio pro justo, et innocenti tot millium animarum sanguine in Gallia effuso, adversus Joannis Monlucii defensionem lanienæ Parisiensis anni* 1572. Et recusum anno 1579 8° Donelli nostri partum esse existimant (*c*). At D. Riccomini literis ad me datis negavit, se libellum hunc in suam Donellianorum Operum editionem admissurum, quod et Auctor, quisquis ille fuerit, qui fictitium nomen adscripsit, partum hunc spurium, et incerto patre natum haberi voluerit: et aliæ sibi justæ, causæ sint abstinendi a Furnesterio illo.

c) Hanc ille Legatus (MONLUCIUS) pro obtinendo in HENRICI VALESII gratiam Poloniæ regno, in regni limite constitutus ad Archiepiscopos, Episcopos, Palatinos misit. Quam MONLUCII *apologiam* strictim refert JACOBUS AUGUSTUS THUANUS *Lib. LIII. p.* 841. *Lit. F. Edit. Genev.* 1626. *ad an.* 1572. *et p.* 842. *Lit. E.* subjungit: *contra eam defensionem biennio post contraria defensio edita est admodum virulenta a Gallo quodam in Germaniam profugo, Zachariæ Furnesteri nomine, quæ cum Monlucii nomen et pudorem admodum sugillaret, anno post Lugduni publicatur adversus illum Furnesterii libellum, pro Joanne Monlucio Episcopo et Comite Valentino Diensi, Præscriptio elegantissime scripta a Jacobo Cujacio Jurisconsultorum hujus ætatis Principe, nomine tamen suppresso.* Nescivit summus Vir DONELLUM sub larva FURNESTERII latitare, scivit tamen qui summaria Editioni Genevensi a. 1626. adjecit LINGELSHEMIUS, ideoque iisdem iure ruit, erravit tamen in eo, dum JACOBUM CUJACIUM primum in hac caussa scripsisse dicit. Pseudonymum autem hunc primus ni fallor detexit JOANNES DECKHERRUS *de scriptis a despotis pag.* 263. *Edit. Amstelod.* in eo tamen errans, dum scribit hanc defensionem contra MICHAELEM SEUREUM Equitem Hierosolymitanum, qui lanienam hanc coram Ordinibus Regni Poloniæ defenderit, fuisse directam. Adde VINCENTIUM PLACCIUM *de Pseudonymis p.* 296. *n.* 1132. Indicat laboriosissimus vir JACOBUS LONGUS *bibliotheque historique de France libro III. p.* 404. *n.* 8833. MONLUCII et DONELLI *contrarias Defensiones* hoc titulo prodiisse: *Joannis Montlucii Episcopi Valentini, Defensio pro illustrissimo Andium Duce, adversus calumnias quorundam. Alia, adversus hujus ipsius Defensionis Calumnias, Zachariæ FURNESTERI Defensio pro innocente tot millium animarum sanguine in Gallia effuso; in octavo* 1563 qui inde diversas de hac Laniena scriptiones curate recenset. BUDER *c. l. p.* 129 Add. GUNDLING *c. l. p.* 309. et HOMMELIUS *in litteratura juris p.* 316. qui FURNESTERII scriptum, inter libros sine parente refert, item ADRIEN BAILLET *dans les jugemens de savanss. Tome V. Partie II. Chap. V. p.* 46. *seq.* ibique allegata opera CUJACII Tom. VIII. col. 1260.

Commentarii ad titulum Digestorum de verborum obligationibus. Heindelbergæ, 1577. 8°. Recus. Francofurti, 1577. fol. et ibid. 1599. fol. (*d*)

d) Editio de Anno 1599. absolvit portionem Commentariorum ad Codicis Justinianei partes.

Commentarius ad titulum Institutionum de actionibus. Antuerpiæ, 1581. 8.° Recus. Lugduni Batavorum, 1584. 8.° Antuerpiæ, 1584. 8.° item excudebat Gabriel Carterius, 1596. 8.° et Lugduni Batavorum, 1630. 8°.

Commentaria ad tit. * de rebus creditis seu mutuo, de jurejurando, de in litem jurando, de condictione ex lege, de condictione triticiaria, de eo quod certo loco dare oportet. Antuerpiæ, 1582. fol. et recus. Francofurti 1626. fol.

Commentarii ad Codicis Justinianei partes quasdam, ad amplissimos D. D. Consules Senatumque Noribergensem. Lugduni Batavorum, 1587. fol. (*c*) Qui post mortem DONELLI sub hoc rubro denuo prodere: Commentarii absolutissimi ad II. III. IV. VI. et VIII. libros Codicis Justinianei, et Lib. Dig. XLV. de Verb. Obligat. maxima fere ex parte posthumi, a JACOBO SCHEGKIO publicati. Francofurti, 1599. fol. et 1620. fol;

e) Vide supra §. 12.

De evictionibus. Francofurti, 1589. 4.

Opera priora, edita jam olim, nunc recens recognita et repurgata ab auctore, nec paucis accessionibus et auctiora, et meliora facta. Opera hæc sunt, quæ sequuntur: de usuris, de fructibus, de mora, de pignoribus, de ædificio edicto, de evictionibus et duplæ stipulatione, de probationibus, de fide instrumentorum, de testibus. Francofurti ad Mœnum, 1589. 4°.

Commentarii de jure civili, ad amplissimos et nobilissimos Dominos Coss. Senatusque inclytæ urbis Noribergæi Francofurti, 1589. et 1590. fol. (*f*) Recusi sub titulo sequenti: Commentariorum de jure civili libri viginti octo; in quibus jus civile universum singulari artificio atque doctrina explicatum continetur. SCIP. GENTILIS posteriores libros supplevit, expolivit. Quinque partes, Tomi tres. Francofurti, 1596. fol., Hanoviæ, 1612. fol. et Francof. 1626. fol. (*g*)

f) Minima hæc est pars commentariorum in hac prima editione; comprehendit tantummodo libros undecim priores, quibus in sequenti editione SCIP. GENTILIS reliquos ex schedis DONELLI usque ad librum vigesimum octavum adjecit.

g) Oeconomiam atque historiam hujus operis vide in BUDERI nota 22. supra Tomo I. p. 10. seq.; recensionem vero in GE. BEYERI *notit. aut. jurid. spec. II. p.* 110. et in *continuatione*

II.

II. quam edidit CAR. FERD. HOMMELIUS. *p.* 229. Addatur ejusdem HOMMELII *litteratura juris p.* 206. *et* 213. *MALANTIUS c. l. p.* 253. de his commentariis ita judicat: *Donelli commentarii sunt egregie docti, perspicui, elegantes; sed præ nimia prolixitate molesti.* OSU. HILLIGERUS ex hoc prolixitatis fundamento postea hos commentarios enucleavit, quorum Tomus primus Jenæ 1611. et secundus 1613. in 4°. prodierunt, et de quo labore allegatus MAJANSIUS *p.* 271. tali modo sentit: *liberat Hilliger lectorem a molestia legendi elegantissimos quidem, sed perquam prolixos Donelli commentarios de jure civili. Nuclei stilus est ferreus et subobscurus. Notata eruditissima et selectæ Bibliothecæ vicem præstare possunt. Sed Hilligeri lectio lectorem postulat eligere scientem.* Quod tandem ad methodum commentariorum Donellianorum attinet, ex citati HOMMELII *litteratura iuris p.* 224. et POLYC. AUG. LEISCHING schediasmate discitur, *de novo Corpore juris faciendo vana doctorum hominum consilia*, §. *XV. p.* 27. *seq.*

Theses de actionibus. *Respondente: Joh. Remb. Funccio*, Patricio Lindaviensi. Altorphii, 1590 4.°

Theses de probationibus. *Resp. M. Cas. Schobero*, Ienensi. Alt. 1590. 4.°

Theses de pignoribus et hypothecis. *Resp. Nic. Regensdorff*, Bremano. Alt. 1591. 4.°

De accessionibus. Francfurti, 1599. 4.°

Commentariorum sive recitationum ad librum quartum Codicis Justinianei paralipomena, e bibliotheca IEREM. REUSNERI nunc demum publicata. Cum præfatione NIC. REUSNERI. Francofurti, 1600. fol. et ibid. 1602. fol.

Opuscula postuma, et aliorum quædam. Ex bibliotheca SCIP. GENTILIS. Hanoviæ, 1604. 8.° (*b*)

b) Maxime rara erant ante novam hanc Donellianorum Operum editionem hæc opuscula, et MAJANSIO c. l. p. 253. sunt *libellus aureus.* Contenta autem sunt sequentia: Commentarii ad libri VI. Cod. Tit. IX. X. XI. XII. XIII. XIV. XV. XVI. XVII. XVIII. XIX. XX. XXXVIII. a p. 1. usque 169.; Commentarius ad L. Gallus D. de liber. et posthum. p. 131., Literæ ad ALBERICUM GENTILEM p. 215., Consilium Academiæ Altorphinæ nomine scriptum de jure pascendi p. 122. Aliud consilium ad Ampliss. Morimbergensem Senatum perscriptum p. 262.; Epistolae duae ad MICHAELEM HOSPITALIUM p. 266., et 270., Literæ ad MARTINUM IARRIUM I. C. p. 276.; Commentarius ad Tit. 35. Libri III. Cod. de servitutibus et aqua p. 287.; Commentar. ad Tit. 36. Libri ejusdem, familiæ erciscundæ de judiciis divisoriis p. 324.; Methodicus tractatus in Tit. 35. libri III. Cod. ad leg. Aquiliam p. 413. Adjecta his sunt aliorum quædam: Epistola ALB. GENTILIS ad HUG. DONELLUM p. 210, Literæ MICH. HOSPITALI ad HUG. DONELLUM p. 268., Binæ literæ juris civilis Doctorum apud Bituriges ad Illustr. quendam Principem p. 278.; et 281. Epistola PETR. FABRI ad HUG. DONELLUM p. 285., Oratio JAC. CUJACII in promotione GEORGII HELOANDRI SPIKERMANI Orientalis Frisii habita p. 433.; Oratio FRANC. DUARENI habita in cooperatione Dn. HUG. DONELLI p. 237. Oratio SCIP. GENTILIS habita in funere HUG. DONELLI p. 446., Epicedia et epitaphia in obitum DONELLI variorum p. 462. In hac nova Operum Donelli editione, quam debemus Domino Riccomini, *Opuscula postuma* non fuere sub hoc titulo conjunctim edita: sed optimo consilio ita disposita sunt: ut propria cuique sedes tribueretur.

Orat. de recta juris docendi ratione deque antecessorum delectu. Tolos. 1615. 8.°

Epistola de jure accrescendi ad ALBERICUM GENTILEM IC. Lugd. Bat. 1640. 16.°

Commentarius ad titulum ꝟ. de diversis regulis juris antiqui. Antuerpiæ, sine anno 8.°

Duo responsa, quorum prius, de testamento ab extraneo seu forensi, secundum privilegium speciale civitatis, in qua morbo correptus fuit, ordinato coram duobus testibus, qui vocantur, *die Genante*, jam in *Opusculis postumis p.* 262. exhibetur; cum posteriore de juribus seu servitutibus quibusdam, et earum quasi possessione, deque instrumento falsi non recte insimulato, et de requisitis præscriptionis maxime in rebus, incorporalibusque leguntur in LEUCHTII *consiliis Rittershusianis p.* 276. *et* 328.

EPISTOLÆ

Quas scripsit DONELLUS, in manus nostras venerunt sequentes.

1) Ad NIC. CISNERUM, in CISNERI *opusculis p.* 948. Add. BUDERI nota 12. supra Tomo I. p. 7.
2) Ad ALB. GENTILEM, qua juris quæstio: an verbis conjunctis re conjuncto præferatur! pertractatur; ap. DONELLUM *in opusc. post. p.* 215.
3) Ad MICH. HOSPITALEM; DONELLUS *c. l. p.* 266. et aliæ ad eundem, *ibid. p.* 270. ap. GUNDLINGIUM *c. l. p.* 279. et supra Tomo I. p. 16. 17.
4) Ad MART. JARRIUM; DONELLUS *c. l.* p. 276. et supra Tomo I. p. 19.
5) Ad I. LIPSIUM; in PETR. BURMANNI *sylloge epistolarum a viris illustribus scriptarum Tom. I. p.* 304.
6) Ad CASP. PAUMGARTNERUM; vid. CASP. PAUMGARTNERI *orat. in Donellum*, in calce.
7) Ad Dn. HIERON. PAUMGARTNERUM, duæ in Manuscripto.
8) Ad Dominos Scholarchas Norimbergenses, quarum plures in Manuscripto hic loci asservantur.

AB ALIIS.

Ad DONELLUM scriptæ epistolæ autem innotuerunt nobis.

1) NIC. CISNERI, in CISNERI *opusc. p.* 948. et in BUDERI nota 12. supra Tomo I. p. 7.
2) PETR. FABRI, ap. DONELLUM *c. l. p.* 285. et supra Tomo I. p. 20.
3) ALB. GENTILIS epistola, in qua consulit Donellum de verbis conjunctis conf. DONELLUS *c. l. p.* 210. et GUDIUS *p.* 335. duæ aliæ ad Donellum ap. Gudium *p.* 337.
4) HUB. GIPHANII, conf. GUDIUS *p.* 350. 351.
5) MICH. HOSPITALIS; conf. DONELLUS *c. l. p.* 268. GUNDLING. *c. l. p.* 277. et supra Tomo I. p. 17.
6) CASP. PAUMGARTERI; conf. citatam in Donellum orationem in calce.
7) HIERON. PAUMGARTERI, Calend. Sept. 1587. epistolam Manuscriptam possidemus.
8) Dominorum Scholarcharum Norimb. litteræ Manuscriptæ aliquot etiam reperiuntur.

EPISTOLA

EPISTOLA DEDICATORIA

QUAM

HUGO DONELLUS COMMENTARIIS

In Titulos D. de rebus creditis et quinque alios proxime consequentes præmisit,

ILLUSTRISSIMO ET MAXIMO PRINCIPI

GUILLELMO, PRINCIPI

AVRAICO, COMITI NASSOVIO, etc.

HUGO DONELLUS S.

INTER immortalia tot tantaque merita tua in patriam, Illustrissime Princeps, quæ spectat, et servat hæc ætas, loquetur sine livore, et mirabitur postera: difficile est silere eos, quos eadem illa patria, et in hac ipsa commune præsidium, et communis salus complexa est. Mirum enim, si quis hic incurrentia in oculos non videt, turpe, si ad quem pertinent, et videt, non agnoscit. Me quidem, ad quem illa aliquando pervenerunt, juvat aliter et sentire, et affectum esse profiteri. Jam pridem enim me et res ipsa, et locus, et tempus docuerunt illustriora omnia esse, quam ut non sentiri; majora, quam ut sine rubore dissimulari possint, cumque omnibus in rebus ingratitudo per se turpis; tum vero in summis et publicis beneficiis fœdissima est. Et fuit diu tempus, cum ab his locis procul remotis nobis celebratæ illius administrationis fama et laus ad nos perveniret. Ubi memini omnes cum magnos Principes, tum prudentes in Republica viros, quos quidem studium partium non teneret; si qui sentirent benignius, eos de ea administratione summa omnia dicere: si qui autem tribuerent minimum, tamen huic duarum maximarum rerum laudem tribuisse, summæ

mæ sapientiæ, et moderationis: ex quibus illa salus patriæ, et commoda quæ ferebantur, extitissent. Et ego, qui illa audiebam, feci jam tum, quod privatis etiam, iisque remotissimis et alienissimis solet accidere, virtutem absentem nimirum colui tacitus, et cum bene precantibus vota conjunxi. Quis est enim, qui præstanti atque illustri virtute, ac præsertim magnorum Principum non commoveatur? quis est, qui non faveat animis, et magnis ac salutaribus ausis non optet felices et jucundos successus? Sed tamen audiebamus illa tantum, et si quid in illo mari tranquillitatis esset aut fluctuum, procul et terra spectabamus. Postquam autem me Deus transtulit in hæc loca vocantibus iis, quorum ea potestas erat, et benevola inductione animi tui vel præeunte, vel vocationem prolixissime confirmante: necesse fuit in his versantem, non dico, in illa inquirere, sed vellem nollem, ea videre; quæ nisi qui oculos avertunt, non vident. Quæ si illi spectant procul, tamen agnoscunt et prædicant; quid iis faciendum est, qui in re ipsa salvi et libentes communis salutis jucundos decerpunt fructus; a quibus non virtus sola assensum, sed publicorum bonorum participati gratitudinem exposcit? Difficile est igitur omnino hic silere eos, quos illa occuparunt. Et o felicem patriam, cui Deus oculos et mentem dedit, illa ut videret, et recte æstimaret. Sapientes, non patriæ, amantes tantum amplissimos Ordines, qui non agnoscunt solum et probant, sed etiam grati certant mutuis animis, atque omni genere officiorum auctorem prosequi student: parati si per æquitatem animi et sapientiam tuam liceat, summa omnia ad unum deferre. Quod si pro communibus et salutaribus meritis quemquam gratum animum gerere decet; sentio, Illustrissime Princeps, quo me animo esse oporteat, ad quem eadem illa pro insita benignitate tua non ut ad hospitem, sed civem; non ut ad unum aliquem ex cæteris, sed cum præcipuo quodam et dulcissimo benevolentiæ ac favoris tui sensu pervenire voluisti. Dignata est enim Celsitudo tua me putare esse aliquid, et quo die primum vidisti in his locis, complecti ut notum et tuum; quæque benevolæ ac propensæ magnorum Principum significationes esse solent, eas in me prolixe conferre. Magnus honos a maximo et gravissimo Principe: sed in quo quominus meriti mei est, eo magis intelligo, quantum debeam benevolentiæ. Pudeat quemquam et communium illorum cum patria, et privatorum horum privato sensu non affici: cumque omnia gratitudinem invitent, hæc eadem cum liceat, et ubicunque liceat, non agnoscere ac profiteri. A qua labe, ut si quisquam, cupio abesse, et aberit Deo dante vita mea quam longissime, quin desierit officii ratio prius, quam hic sensus; quamque in hoc sensu nominis tui et meritorum in omnes gloria atque prædicatio apud me conticescat. Liceat modo hunc animum apud Celsitudinem tuam recte testari, eveniatque utinam hæc ipsa testatio judicio tuo non ingrata. Non enim profecto quæ in se, maxime Princeps, de omnibus bene merendi potestas est, eadem et in nobis facultas est, quæ benefeceris, pro merito agnoscendi, aut etiam verbis consequendi. Sed sunt illa amplitudinis tuæ; hæc nostræ tenuitatis, quam tamen scimus non esse æquitatis aut moris tui, dum cum studio atque officio conjunctam, in ullo mortalium aspernari. Afferam igitur ad testationem pro parte virili, quod licet, et si desint cætera, saltem hic inscribam: ut qui legent, aut audient, quæ cupio summa intelligi; et in virtute habeant, quo ad eam amandam

et

et amplectendam pari benevolentia ducantur; et in testimonio civium atque hospitum, qui loqui possunt, memori, et grata pietate delectentur. Quod genus si sæpe præstitimus aliis voluntate suscepto magis, quam necessario officio; non convenit omnino iis non reddere, quibus non jam inductione animi, sed certo officio vere omnia debeantur. Ac ne illud quidem consentaneum est privatos cum benefecerint, cupere gratiam beneficii rependi sibi: magnos Principes cum summa omnia contulerint, non eandem voluntatem a nobis exspectare. Neque vero alienum fuit his commentariis inscribere. Nam qui ex Academia tua primum a nobis prodibant, non videbantur mihi satis verecunde publicum hic accipere posse sine præfatione honoris ejus, qui Academiæ parenti, eique præsenti debebatur. Dixissem, parenti patriæ, nisi propria hæc tua laus esset apud omnes non infensos, ac de Academia nunc ageretur. Dixi autem Academiam tuam, quæ tibi cum amplissimis Ordinibus est communis: vere tamen consiliis atque auctoritate et studio tuam, quam his rebus extulisti primum, eductam assiduo favore tuo prosequeris et foves: nec minus agnoscis verbis, quam re complecteris ut tuam, quam non dubitas in quotidiano sermone filiam appellare. Quid amplius? ferunt ipsi commentarii secum munus, quod possunt, Illustrissime Princeps, dicanturque hi, et consecrantur tibi: ut quando tui esse cœperunt, non debeat cuiquam alienum videri, si in re tota tua liceat particulam hanc ut tuam agnoscere. In quo non sum veritus, ne in scriptionis genere argumenti indignitas Illustrissimum illud nomen tuum dedecoraret. Nam cum multæ sint res in jure Civili obscuritate difficiles, disputationibus doctorum et literis celebratæ, haud scio, an usquam plures sint et minus adhuc expositæ, quam in his titulis, in quos hi commentarii C. T. offeruntur, nec vero post tam multos alia de caussa suscepi hunc laborem de iisdem diligentius scribendi, quam quod res, ut in aliis scriptis nostris, etiam nunc præcipue hanc operam desiderare videbatur. Et habebunt fortasse hi commentarii, si minus quæ ante non vidit prior ætas, quæ tamen esse non pauca confido: at certe quæ dilucidius, et ad fontes veri aptius de iisdem rebus disserentia rudes erudire, longius progressos monere, doctis non injucunda, Academiæ tuæ nec inutilia, nec ingrata esse possint. Importunum munus, dicat aliquis, minimeque conveniens vel principi in alio quovis genere doctrinæ et studiorum versato; vel tempori difficultatibus publicis rerum implicatissimo, in quo a publicis negotiis vix respirandi spatium datur, nedum de literis, de his studiis liceat cogitare. Et metuissem hoc quoque, nisi scirem munus esse ad Principem sapientissimum: cujus sollicitudo in salute patriæ omnes partes Reipublicæ complexa nullam a se alienam putat, cujus cogitationes sunt et ipsæ occupatissimæ illæ quidem; unam tamen hanc et communem occupationem habent, ut sint in rebus omnibus optimis, et ad Rempublicam pertinentibus constituendis, tuendisque occupatæ. In his autem maxime bonæ literæ, et præclaræ artes illæ præcipue, quæ Reipub. regendæ, et recte administrandæ rationem continent. In quibus est jus civile: atque in jure civili opera nostra. Quid dubitemus autem hæc ipsa ud voluntatem tuam et studium etiam pertinere, qui hoc tam multis rebus in Academia tua assidue testatum facis? quod quidem nemo adhuc, nisi qui te non novit, potuit ignorare. Postremo patriam meritis tuam fecisti, Illustrissime Princeps, tuam Academiam propioribus et interioribus beneficiis, tuos omnes, qui in utraque partem et locum aliquem obtinent. Et omnes non plane immemores quod in eo vinculo sunt, animo et judicio tales se esse volunt, atque esse, se

fatentur. Ego ex immenso illo numero unus: innumeris facultate longe inferior; voluntate nemini concedens. Nulli jure novum aut alienum potest videri, externa hæc nostra venire ad te, et ab iis dicari sua, qui se etiam ipsos tam multo ante Celsitudini dicarunt tuæ. Quam ego ista virtute et meritis felicem, Deum oro, ut quam longe ac potenter extulit, tam velit diu salvam et florentem esse: patriæ autem quam contingit adhuc salutaris, tam liceat ei ad extremum usque magis ac magis talem intueri.

Vale,

Illustrissime Princeps.

Lugduni Batavorum Cal. Jul. cIɔ. Iɔ. LXXXI.

EPISTO-



EPISTOLA

QUAM

HUGO DONELLUS

COMMENTARIO

In Titulos Digestorum de Usuris, et de Nautico
fœnore præposuit.

MICHAELI HOSPITALI

IN AMPLISSIMA PARISIENSI

SACRORUM RATIOCINIORUM PRÆFECTURA

SUMMO PRÆSIDI

HUGO DONELLUS

S. D.

CUM inter eas artes, quibus hæc vita regitur, unum sit e civili sapientia jus civile vel cognitione rerum maximum, vel usu, et tractatione præstantissimum: idem autem maximis difficultatibus et obscuritatibus, ut hactenus tempora, et hominum studia fuerunt, implicitum: cum me penitus a principio ætatis ei studio dedissem: semper optavi, quæcumque mea, aut quantulacunque industria in re præclara esse posset, id mihi Dei beneficio tempus dari, cum in eo excolendo, illustrandoque aliquid in commune pro mea parte virili conferre possem. Non enim frustra a sapientissimis hominibus ita didiceram, cum omnis per se opera laudabilis, et homine digna sit ea, quæ in aliis iuvandis poneretur: tum eorum expetendam, et quodammodo beatam existere solere, qui cum se honestis studiis, et præclaris tradidissent, in eo gene-

nere ipso quamplurimis opera sua prodesse potuissent: in eoque assequendo hactenus mea cura et cogitatio versata est. Quod cum mihi nondum satis aut per ætatem, aut usum rerum, et cognitionem contigisse arbitraret continui me usque antea, neque commisi, ut quod sedulo quidem facerem: non perinde certa fortassis, et explorata ratione facere viderer. Non enim referre unquam putavi, nihilne, an aliquid scriberetur; sed si quid, quam utiliter: neque cum id ageretur, ut studio aliquid prodessemus, id suscipiendum fuit in re seria et gravi, ut inani aliqua, aut puerili ostentatione lusisse, vel onerasse putaremur. Nam quæ ratio plerosque ad scribendum hortari solet, ut plus quam cæteri, sapere, aut plura scisse, quia scripserint, existimentur, eam ego, qui facile patior talem me haberi, qualis sim, præut est falsæ de se, et præposteræ existimationis inscitia atque odium, semper contempsi: nec quid alii de nobis existimarent, aut quid multi facerent, sed quid deceret, mihi præcipue spectandum putavi. Non igitur si quid chartis illinere possemus, continuo id publicum accipere juberemus, sed expectare, dum illa, quæcunque essent, maturitatem essent assecuta, et judicium adesset: cum et multa ætas posterior de superiore ratione adimat, et illa, quæ præcesserunt, sæpissime improbet, atque inania etiam et stulta esse fateatur. Quamobrem dum cupio nostra, quam ad rem pararentur, in ea re ipsa frugis aliquid afferre, nec illa doctorum hominum judicio penitus improbari, facile hanc cogitationem animo insidere mihi patiebat, ne quid adhuc sciberem, et hanc laudem concedens multis, me ipse tamen nonnulla futuri temporis spe, et expectatione sustinebam. Sed cum huc usque studio progressus essem, ut posse aliquibus putaret, esset autem hoc munus docendi juris in Republ. nostrum, in quo jam nonnullos annos cum aliqua fortasse expectatione versor, in quo siquid præstemus ipsi, id obscurum esse non possit: non putavi nobis recusandum esse diutius, quin si quid in hac quotidiana exercitatione a nobis expectaretur, id publicum esse pateremur: scilicet, ut in quo hominibus nostris satisfacere vellemus, daremus operam, ut in eo ad quamplurimos opera nostra perveniret. Neque enim conveniebat, ut cujus vox ex hoc loco audiretur, eorum, qui abessent longius, judicium reformidaremus: neque ut illud cavendum fuit, ut rebus omnibus imparati ad hanc rem accederemus, sic cum aliquid præstare deberemus, postulare debuimus, perfectum id ut esset, aut in arce tanquam Minerva Phydiæ collocaretur. Itaque cessi, et me jam tandem aliorum studiis, atque utilitatibus, si quæ ex nostris percipi possent, permisi. Id cum mea voluntate incitatus feci libenter: tum vero te auctore, ampliss. Hospitalis, atque inducente maxime, hoc curriculum ingressus, nonnullas caussas, ut id facerem, abs te me habere sum

arbitratus

arbitratus judicii voluntatisque tuæ. Non quo existimem his rebus judicium illud, si quod de me tuum esset, tueri me aut probare hominibus posse: Quid est enim quod magnopere efficere ipsi potuimus? Sed tamen quæcunque opera nostra futura est, intelligent homines illustrissimæ, ac nobilissimæ Principis Margaritæ Biturigum Ducis auspiciis, item judicio gravissimo Clarissimi viri Michaelis Hospitalis, qui illi a consiliis præsidet, eos homines Biturigibus hæc studia esse professos, quorum alii jus Civile omnibus literis ornaverint, auxerint, quorum vita, et literæ nunc spirant: alii ad eam facultatem, ut aliquid conarentur, voluntate quam proxime accesserint. Quo in numero ego me esse profiteor. Atque utinam tantum studio contendere possimus, ut ne, si quid tu de nobis existimasti, judicio isto tuo prorsus indigni fuisse videamur. Me quidem hoc delectabit, si quem forte exitum voluntas nostra habitura est, non tam me re ipsa, quam tali auctore aliquid prodesse potuisse. Id etsi intelligo non multum existere posse: tamen cum ita, ut dixi, nati simus, ut communes utilitates in medium conferre debeamus, et hæc opera de nobis in hac statione requiratur, statui me in his rebus ingenii, si quod in me est, atque industriæ fructum præcipue quærere oportere. Quod cum mihi proposuissem, nisi ad te hoc tempore rationem aliquam commentationum nostrarum in eam partem juris, quæ est De usuris, De fructibus, et mora: rebus, ut tu nosti, ut utilissimis, sic quæ in multorum literis et disputationibus versatæ sint. Sed cum res essent cognitu dignissimæ, esset autem mea ratio in hoc genere ab aliis nonnihil, atque haud scio, an multum sejuncta fortassis: consulto feci, ut de rebus utilibus, nec satis cognitis, qui meus esset sensus, iuventuti aperirem. In quibus explicandis id sum secutus, non ut quicquam ex iis, quæ ab aliis dicta essent, ad aliquam ingenii ostentationem repeteretur, quod necesse non fuit: sed ut quæ his libris Romani juris continentur, quæ ad hanc rem pertinerent, ea, quod in nobis esset distincte, atque ordine ad ejus ipsius juris, in quo versamur, explicationem quam simplicissime traderentur. Quid effecerim, vel potius quid efficere voluerim, tuum judicium, atque etiam omnium, quamvis me recusante, futurum est. Mihi quidem non multum id esse persuadeo. Spero tamen, quicquid idest, studiosos juris, si qui harum rerum studio tenebuntur, vel ad faciliorem earum rerum, quæ in hac cognitione positæ sunt, comprehensionem et viam, vel ad eorum, quæ spinosius in hoc genere sunt tradita, quæ multa sunt, cognitionem, nonnihil adjumenti his legendis esse adepturos. Quæ ego nomini tuo dedi, dicavique, clariss. Hospitalis, ibique inscripta ad te misi: non illa quidem digna vel isto nomine, vel quæ tibi potissimum legenda offerentur, sed tamen ejusmodi, quæ, ut maxime recusem, se ultro tua esse dicunt. Sunt enim ab eo profecta, qui sè: et sua non

studia modo, sed cætera omnia tua esse fateatur. Itaque sive tu probabis, sive improbabis, tua tamen ista futura sunt eadem lege, qua cætera, quæ in rebus nostris habentur, ut si placent, maneant: sin aliter, jus sit abjicere.

Vale.

Biturigibus.



ELENCHUS TITULORUM

DIG. QUOS

DONELLUS COMMENTARIIS ILLUSTRAVIT,

ET QUI HOC VOLUMINE CONTINENTUR.

ELENCHUS CAPITUM
ET RERUM
QUÆ
IN COMMENTARIIS
AD NONNULLOS SUPRA LAUDATOS,
D. TITULOS ORDINE AC METHODO PERTRACTANTUR.

Tit. De Ædilitio Edicto.

Tit. De Eviction. et duplæ stipulat.

Tit. De Usuris etc. et seq. De Nautic. fœn.

ELEN-



ELENCHUS

EARUM LEGUM ET PARAGRAFORUM,

QUARUM SINGULÆ

SUIS IN HOC VOLUMINE

COMMENTARIIS ILLUSTRANTUR.

§. *Rem*

HUGO-



HUGONIS DONELLI
JURISCONSULTI
COMMENT.
AD TIT. D. AD LEGEM AQUILIAM.

CAPUT I.

SUMMARIA.

1. *Cujus rei gratia lata sit L. Aquilia, et quæ illius capita et n.* 1.
2. *Tractationis methodus et quid caussam dederit L. Aquiliæ.*
3. Ruptum *quid significet in L. Aquilia.*
4. *Item quid* ruptum injuria; *et quæ hic injuriæ vis et significatio.*
5. *Hac L. notari vel levissimam culpam: Hinc quid sit culpa, an quis in culpa sit aut secus quomodo dignoscatur.*
6. *Ex facto quomodo æstimetur culpa; et quæ distinguendi ratio. Obiter quæ jure civili et naturali liceant et* n. 7. et seq.
8. *Quatenus defensio vitæ aut rei nostræ permittatur a jure.*
9. *Quando in culpa non sit qui casu alium læsit, exempla cujusmodi.*
10. *Summa rerum.*
11. *An imperitia et infirmitas culpæ adnumerentur et n.* 12.
13. *An lusus excusationem habeat.*
14. *Num magistri potestas in castigando L. Aquilia coerceatur, et quando.*
15. *Alia rerum collectio et conclusio.*

QUI nunc explicatur Titulus ad Legem Aquiliam, cur hoc loco sit positus, nulla mihi ratio idonea succurrit. Et nihil magnopere attinet quærere. De re ipsa vi-
1 deamus. † Lex Aquilia lata est de damno dato persequendo. *L. 1. D. hoc tit.* Ejus verba quæ sint, intelligi potest ex his capitibus, quæ referuntur. *eod. tit.* Caput primum legis exstat *L. 2. D. eod.* Caput tertium, *L. si servus.* 27. §. *tertio D. eod.* Secundum in desuetudinem abiit, *d. L. si servus.* Legis interpretatio quærenda est. In qua uterque Titulus *Cod. et Digest.* versa-
2 tur. Res longa est, ad † certa genera et capita revocanda est. Primum in lege hoc observandum est, quæ caussa faciat huic legi locum, ut hac interveniente agere liceat; non interveniente, non liceat. Caussa est hæc, quantum ex utroque capite intelligere possumus: si quis aut occiderit quid alieni, aut ruperit injuria. Primum caput est de occiso. Tertium caput est de re rupta. Quid sit occidere, notum est quid rumpere non item. Rumpere † in hac lege sic veteres acceperunt, corrumpere, *L. si servus*, §. *inquit lex, D. eod.* Corrumpere autem est rem mutare in deterius: quovis facto, vel quod idem valet, rem deteriorem facere. Hæc definitio colligitur, ex *d.* L. *si servus*, §. *inquit, in fin.* Exempla ejusdem legis omnia usque ad finem, ad hanc definitionem pertinent. Ex hac definitione colligitur, non statim si quid ruptum est huic legi esse locum, sed ita si ruptum fit deterius, idest corruptum: denique Legem Aquiliam ad damnum tantum pertinere. Exemplum: si quis fructus immaturos desecuerit, is rupit, L. tamen Aquilia non tenetur: nullum enim damnum est. Idem si animal castraverit, *L. si servus*, §. *si olivam et*
si puerum, eod. Non est satis, oportet † 4
ruptum esse quid injuria, ut utroque capite expressum est. Injuria hic quomodo accipitur? Injuria duo hic significat: alias contumeliam, alias generaliter quicquid non

jure fit, *L. 1. D. de injuriis.* In hac lege sic accipimus: Injuria ruptum, idest, non jure, sive quod idem est, cum culpa, *L. 5. §. injuriam, D. eod.* Id quomodo Ex intellectum a veteribus Jurisconsultis? est adjuncto. Lex enim ait: si quis occiderit injuria, si quis ruperit injuria, verbum *injuria* relatum est, in *L.* ad res alienas; contumelia autem ad personæ dignitatem pertinet. Est enim contumelia a contemnendo, quicquid contemptum alterius habet. *L. 1. D. de injur.* Ex quo intelligitur contumeliam in hac lege non notari.

Ex eo, quod culpam significari in hac lege dicimus, intelligitur hac lege non eos tantum teneri, qui dolo quid faciunt, sed et qui culpa alicui nocent, *L. 5. §. inju-*
5 *riam, D. eod.* Plus dicimus, etiam † si levissima culpa sit, id hac lege teneri: *L. in lege, D. eod.* Hinc quærendum est, quid culpa factum videatur. Hic est locus, in quo maxima pars disputationum juris auctorum his titulis versatur. Culpa peccatum est, culpa factum est, si prævideri periculum potuit, neque prævisum est; nisi quæ res factum defendat. Quæ res defendat a culpa, quæritur: id explicandum est. An quis culpa non fecerit, duabus ex rebus æstimandum est, ex persona facientis, et ex genere facti. Ex persona facientis, si nulla intelligentia, nullum judicium personæ fuit: ut si furiosus aut infans, aut impubes, qui doli capax non sit, damnum
6 dederit, *L. 5. §. et Ideo, eod.* Ex facto † æstimandum est, secundum hanc distinctionem: videndum est, cum quis fecit, utrum an in potestate ejus fuerit non facere, an vero non fuerit. Si non fuit in ejus potestate, culpa caret: quia non est, quod imputetur ei, qui si vellet cavere, non potuit. Talis est, qui impulsus ab alio damnum dedit: hic *L. Aquilia,* non tenebitur. *L. 7. §. proinde, D. eod. tit.* quia non potuit efficere ne ab alio impelleretur; ab alio impulsus, ne occideret. Si in potestate facientis fuit ne faceret; videndum est, utrum data opera fecerit, an vero alio consilio factum casu alii nocuerit. Si data opera factum est, nulla hic excusatio est facti, nisi dicat a se jure factum. Hinc quæritur,
7 quid † jure fieri ad perniciem alterius intelligatur. Quædam jure civili adversus alios licent, quædam vero naturali: Civili jure duo dumtaxat: Licet marito in adulterio deprehensum occidere. Ergo qui servum in adulterio deprehensum occidit, non tenebitur. L. Aquilia. *L. qui occidit, D. eod.* Item. L. 12. tabb. licet occidere nocturnum furem, simpliciter: diurnum, ita si se telo defendat: utrumque hac lege, si is qui occidit, cum clamore testificatur. *L. 4. D. eod.* Naturali jure licet, si quid ex defensione necessaria factum est: in quo ita licet definire. Quicquid fit ad defensionem vel nostram, vel rerum nostrarum, cum aliter periculum effugere non possumus, jure utrumque fieri existimatur. Ad defensionem nostram: ut si adversus insidiatorem facias, defendendi caussa fiat, non ulciscendi. *L. 4. in princ. h. tit. L. scientiam, §. qui cum aliter eod.* Ad defensionem earum rerum nostrarum: cujusmodi hæc exempla sunt, ut liceat incendii arcendi caussa vicini ædes intercidere, ut periculum effugiamus. *L. si quis fumo, §. 1. eod.* Congruit lex *si alius, §. est et alia D. quod vi aut clam.* Item ut liceat funes præcidere, si navis in nostram impulsa vi tempestatis sit, et res aliter expediri non possit. *L. quemadmodum. §. Item Labeo, D. eod.* Sed
hic notandum est ita demum † jure per- 8
mitti defensionem, si defensio necessaria fuit. Quid si non fuit necessaria. Exemplum: duo animi caussa certamen, vel colluctationem susceperunt: certamine suscepto non est integrum, ne se defendant: si in hoc certamine alius alium lædat, an jure faciet? Placet ita demum jure fieri, si fuit certamen publicum institutum in civitate solemni jure. *L. 7. §. si quis in coll. D. eod.* Ex quo colligitur, si privatum certamen fuit, nullam culpæ esse defensionem: quia etiamsi defensio fuit necessaria, fuit tamen in potestate utriusque certamen non suscipere. Ex hac definitione hoc rursum colligitur, ubi periculum sine damno alieno vitare potui, non licere rem alienam corrumpere, etiamsi injuriam ab ea accipiamus. Hoc diximus propter animalia, exempli gratia, quæ in nostro agro deprehensa sunt, et depascendo arbores, nocent vitibus. In his hæc regula est, non posse nos ea ejicere, nisi ubi nostra animalia ejiceremus: non licet ea offendere aut vulnerare. *L. Quintum, D. eod.* Præterea natura jure fit, quicquid a nobis in nostro fit. Ideo aliquid in nostro positum licebit præcidere; si in alieno est, non licebit. *L. quemadmodum, §. 1. eod.*

Hæc sunt, que jure licent, si quis data opera fecerit. Si quis alio consilio fecit, ve-
rum † casu alium læsit: hic duplex defen- 9
sio est. In re casu facta una: si is qui fecit, periculum providere non potuit in ea re: tale est, si quis ramum ex arbore dejecerit in eum locum, ubi nullum esset iter.

Ea res declarat non potuisse eum divinare, utrum quis eo venturus esset. *L. si putator, in fin. eod.* Altera defensio est, si in eo, qui læsus est, culpa sit, cur læsus sit: idest, si periculum vitare potuit, neque fecit: quæ definitio recte colligitur ex *L. qui foveas, in fin. d. L. si putator.* Huc pertinet regula juris: Qui sua culpa damnum sentit, sentire non videtur. *L. quod quis sua, de Reg. Jur.* In hoc genere est is cui denunciatum est tempestive ita, ut casum vitare posset: veluti si regula dejecta sit; et is qui dejecit, tempestive proclamaverit, ut casus vitari posset *L. si putator*, §. 1. *eod.* In hoc genere est præterea, qui in aliquo loco scivit rem consuetam et licitam fieri, eamque periculosam; idque cum sciret, in eum locum venit temere. Si læsus est, culpa ejus est, qui cavere potuerit; qui læsit, non tenebitur. Talis est, qui hominibus in campo jaculatorio jaculantibus intempestive eo venit; qui eum læsit, non tenebitur, *L.* 9. *in fin. D. hoc tit.* Talis est, qui in eum locum venit, ubi foveæ factæ essent, si modo ex consuetudine fieri solebant, et in eas decidit *L. qui foveas, hoc tit.* Talis est quoque, qui tonsori in loco publico tondenti se commisit, si forte tonsor a prætereuntibus impulsus eum læserit. *L.* 11. *in pr. eod.*

10 Ex his hæc † summa est. Si is, qui intelligentiæ capax est, quid fecerit: culpa ejus est hoc ipso quod fecit, si ea re damnum dedit: nisi qua re excusetur. Quatuor hæc culpam removent. Primum si non fuit in potestate ejus, non facere. Secundo si fuit in potestate ejus et data opera fecit, verum jure fecit. Tertio si casu fecit, sed divinare non potuit eum casum evenire posse. Postremo, si in eo qui læsus est, culpa est cur læsus sit. Diximus quæ justæ caussæ essent, ad culpam removendam. Ex his dubitatum de quatuor: in quibus quæritur, sitne justa defensio ad culpam depre-
11 candam. Primum † si quis imperite aliquid fecerit, ut si medicus imperite secuerit. De-
12 inde si quis quidem † per infirmitatem fecerit, ut si ideo læserit, quia equum ferocem retinere non potuerit; si ideo læserit, quia plus æquo oneratus onus dejecerit. Utrum imperitia culpæ assignanda sit, utrum infirmitas, quæritur. Dubitationis caussa est hæc. Non enim omnes omnia scire possumus, neque cogimur. Infirmitas habet necessitatem naturæ: non enim potuimus cavere, quod per infirmitatem virium fecimus. De his rebus ita videtur utrique culpæ assignandum, et quod per imperitiam peccatum est et quod per infirmitatem. Sunt exempla. §. *præterea, Inst. eod L.* 7. §. 1. *L.* 8. *D. eod.* Ratio est hæc adversus superiorem dubitationem: quia ipsa imperitia et infirmitas culpa est. Illud in culpa est, suscepisse id, in quo scires imperitiam aut infirmitatem tuam alteri periculosam fore *L.* 8. *eod.* Tertio dubitatum est, num
† lusus damni excusationem habeat. Pla- 13
cuit non habere, *L. nam lusus, D. eod.* Cur? quia fuit in potestate nostra ludum non suscipere. Postremo de eo dubitatum est, habeatne justam defensionem damni po-
testas † magistri, si præceptor vehementius 14
animadvertat in discipulum. Dubitatio ex potestate præceptoris. Nam castigatio præceptori conceditur, aliter docere non potest. Placet hic nullam esse excusationem. Inde illud dictum est: *præceptoris nimia sævitia culpæ assignatur*, in *L.* 6. *D. eod.* Nimiam sævitiam quam intelligimus? eandem quam noxiam: scilicet nimia est, ubicunque sæviendo damnum dat: ut si eluscet, corrumpat aut perfundat oculum. Hoc colligitur ex *L.* 5. *in fin.* ubi dicitur præceptorem teneri ob oculum perfusum. Ex quo colligitur idem esse de omnibus damnis, quia lex Aquilia omnia damna persequitur. Ex eadem definitione colligitur, præceptores plagosos qui nimis verberant adolescentes, non recte facere: quia nimia sævitia interdum corrumpunt et exacerbant adolescentes. Veruntamen si fecerint citra corruptionem, nullam esse actionem. Non est Aquiliæ actio, ubi damnum non est: non est injuriarum, quia quod docendi et emendandi caussa fit, non fit contumeliæ. *L.* 5.
in fin. D. eod. Ex his omnibus rursum † 15
colligam, quid sit in culpa esse, si ex aliquo facto periculum esse potuit, idque provideri potuit ex præsenti statu rerum. In culpa est, qui fecit, nisi necessitate aliqua periculi coactus fecerit. Ob eam caussam *L. Aquilia* tenetur, si damnum dederit; nisi qua culpa sit in eo, qui læsus est, cum periculum vitare posset. Ex hac definitione intelligitur, quomodo præcedentes caussæ non habeant justam excusationem. Secundus locus in *L.* animadvertendus est.

CAP. II.

Cui Actio lege constituta sit.

S U M M A R I A.

1. *Actionem L. Aquiliæ domino tantum competere.*
2. *Quid si res dominum non habeat.*
3. *Quid si hereditaria res sit.*
4. *Libere homine læso competit illi L. Aquiliæ actio non directa, sed utilis.*
5. *Re legata occisa vel læsa, cui actio competat, heredi, an legatario.*
6. *Emendata lectio Pand. Florent. in* §. ult. L. liber homo 13. D. eod.
7. *Soli domino competit actio L. Aquil. non alii.*
8. *Quinam excipiuntur.*

1 APparet † domino esse constitutam ex Capite legis primo *L. 2. D. eod.* ubi dicitur: *tantum domino dare damnas esto.* Huc pertinet, *L. item mela*, §. *legis autem eod.* Ex hoc verbo duo efficiuntur:
2 primo † si ea res rupta sit, quæ dominum non habeat, legis Aquiliæ actionem non fore. Hinc duo quæsita: Primo, quid si in
3 re † hereditaria damnum datum sit? Dubitationis caussa: quia eo tempore nullus dominus est: nunc heres hereditatem adivit; Lex autem Aquilia domino Actionem constituit. Hæc quæstio expedita est: nam hereditas pro domino est. *L. hereditas, D. de acquir. rer. dom.* Idcirco hereditati actio acquiritur hereditate adita et heredi per hereditatem. Locus hic tractatur. *L. liber.* 13. §. *si servus, et L. ob id, D. eod. tit.*
4 Rursum hoc quæsitum est. Quid si † liber homo læsus sit, et liberi hominis membrum ruptum? cum constet liberi hominis nullum damnum esse? In hac re visum est, libero homine læso ipsi directam actionem non competere: utilem competere. *L. liber homo, in princ. D. eod. tit.* Cur non liber habet directam? Quia inquit Ulpianus *non est dominus suorum membrorum. L. liber.* Lex autem domino actionem esse voluit. Non esse dominum suorum membrorum, colligitur ex contrariis: quia ut aliquis sit dominus et possessor, necesse est duo esse: eum qui possidet, et rem, quæ habeatur: Item dominum esse, et eum qui serviat. At nemo harum duarum rerum personam sustinere potest: alioqui consequetur absurdissimum, ut idem sibi ipsi sit dominus et servus: Probatur: Est aliquis dominus sui; ergo eatenus servus est. Pertinet huc, quod scribitur de persona magistratus *L. Ille a quo*, §. *ultim. D. ad Trebell.* Cur habet utilem liber homo? quia lex Aquilia ruptionem vindicat. Parum igitur refert ad sententiam legis, utrum quis experiatur in re sua an in eo quod sit ipse: est ex mente legis actio. Hac actione duo consequitur liber homo: Primum impensas, quas fecit in curatione; deinde operas, quibus caruit; item cautionem propter vulnus acceptum. *L. 7. in princ. D. eod. L. ult. D. de his, qui dejecer vel effuder.* Hic notandum est filiofamilias læso, patri eandem actionem fore. *L. 5. §. ult. L. 7. §. 1. D. eod.* Hoc igitur primum efficitur ex superiori verbo.

Secundum ex eodem verbo legis efficitur: si res rupta dominum habuit, huic soli actionem fore. Hinc illæ quæstiones sunt, de re legata occisa aut læsa: utri † 5
actio competat, heredi, an legatario. Quæ quæstio in eo est, uter sit dominus. Tractatur in *L. liber homo, in fin. et duabus legibus sequentibus*, in *L. Titio et LL. duabus sequentibus.* Illud obiter notandum: in *L. liber homo, in fine*, manifestum mendum est: in Pand. Flor. verba hæc sunt: *Si non post mortem cognovit*: ut sit sensus: ita demum legatario competet actio, si antequam servus sit mortuus, legatarius agnovit legatum. Legendum est † pro *non*, 6
si modo post mortem: facile fuit erratum: ex *non*, fit *modo*, si apicem super scribas: sic legitur in vetustis, qui jam diu fuerunt impressi Lugduni, sed nihil facit vetustas. Rem videamus: hæ mihi caussæ sunt mutandæ lectionis. Legatarius quandocunque legatum agnoverit, retro dominus fuisse intelligitur. *L. legatum, de legat.* 2. Deinde si post mortem servi legatum agnosci non potest, male Ulpianus subjicit: *Si autem repudiaverit.* Ratio: quia si agnosci post mortem non potest, neque repudiari. *L. is potest, D. de acq. hereditat.* Tertio, si legatarius ante mortem servi legatum agnovisset, tolleretur omnis dubitatio. Nemo dubitaret quin ipsi legatario competeret actio, quod Jurisconsultus dubitat. Re-

7 Recte igitur admonemur soli † domino competere actionem. Hoc ad quid monendum est; ut intelligamus non competere his, qui domini non sunt, etiamsi eorum intersit. Exempli caussa: Res commodata rupta est, non erit actio commodatarii. *L. item mela*, §. *penult. D. eod.* Id secus est in actione furti: §. *furti*, *Instit. de oblig.*
8 *ex del.* Hic tres personæ † excipiuntur, quibus non directa quidem datur, sed utilis, cum illorum intersit. Primo, bonæ fidei possessor; deinde fructuarius actionem habet utilem *L. item mela*, §. *penult. D. eod.* Tertio creditor, cui res pignori opposita est, si rem salvam aliter habere non potest. *L. si dominus*, *L. qui occidit*, §. 1. *D. eod.* Cur istis potissimum datur, cum sint alii infiniti, quorum interesse potest? Respondeo: Quia bonæ fidei possessor in fructibus percipiendis loco domini est, suos enim facit, *L. qui scit*, §. 1. *D. de usur.* Eodem jure est fructuarius. Creditor, ut suum consequatur, domini quodammodo loco est in re pignori obligata. Hinc est quod rem suo jure distrahit, et ejusque dominium tranfert. *L. non est novum. D. de acquir. rer. dom.* Tertius locus in lege animadvertendus est.

C A P. III.

In quem constituta actio.

SUMMARIA

1. *L. Aquiliæ actione tenetur qui occidit aut rupit; qui caussam damno dedit, actione in factum.*
2. *Quot modis quis aliquid rupisse dicatur.*
3. *Item quot modis caussam damni aliquis dedisse intelligatur.*
4. *Quid in proposita re differat actio L. Aquiliæ ab actione in factum.*
5. *Quot modis per alios quis rupisse dicatur.*
6. *An si plures ruperint, uno solvente cæteri liberentur.*
7. *Quid si plures unius servi ruperint: an singulorum nomine teneatur dominus.*

Actio constituta est in eum, qui rupit. Id quæritur, quis ruperit. Hic locus non est idem cum primo, quem explicavimus: quia fieri potest, ut constet aliquid ruptum esse, dubitetur quis ruperit: hoc nunc quærimus, quis ruperit. Dubitatio ex eo quod non quisquis rem attingit, solus rumpit. Fieri potest, ut aliquis in caussa sit, quamobrem res rupta sit, et tamen non ruperit: aut contra ruperit. Unde quæstio, an quisquis caussam damni dat, videatur rupisse, et hac lege teneatur. Prin-
1 cipio de hac re regula traditur: solum † hac lege teneri, qui occidit, rupitve. *L. ita vulneratus*, *D. ad Legem Aquil.* Porro multum interesse: utrum quis ruperit, an caussam damni dederit: qui caussam damni dedit, hac lege non teneri, sed in factum actione, *L. 7.* §. *sed etsi D. eod. L. ita vulneratus*, *D. eod.* Hoc igitur ex-
2 plicandum est, quid inter utrumque intersit. Certum est † eum rupisse, qui vi et manu adhibita rupit: Præter hunc rupisse generaliter existimandus est, is a cujus manu vel corpore profectum est id quod rupit, seu damnum dedit. Cujus generis sunt hæc: si telum manu emissum fuerit; si quis quod tenebat, miserit voluntate sua, cum retinere posset. *L. si ex plagis*, §. *nam nihilominus*, *L. quemadmodum*, §. *si manu tua*, *D. eod.* Cujus et generis, si quis id posuit, quod decidens damnum dederit, ut si ex plaustro lapis cadat, plaustrarius tenetur. *L. si servus servum*, §. *si ex plaustro*, *D. eod.* Lapis enim ab eo positus est. Cujus generis est postremo, si quis quid fecit, in quod alius incidens damnum sentit, ut si foveas fecit, ubi non oportebat, *L. qui foveas*, *D. eod.*

Contra vero caussam damni dedisse intelligitur, quoties aliena vi res rupta est, aliquis autem vi externæ initium et caussam dedit. Hæc definitio obscurior generibus explicatur † his, quantum notare po- 3
tui. Primum genus est eorum, qui occasionem damni dant, non damnum. Si quis efficiat, ut reus sua vi se interimat aut lædat. Exemplum: si quis animal agitaverit, ut se præcipitaret. §. *ult. Inst. eod.* Item aliud: si quis venenum pro medicamento dederit, ut quis ipse sibi offerret. Aliud est, si quis propinet venenum. *L. 7.*

L. 9.

L. 9. *in prin. supr. eod. tit.* Secundus genus est, si quis effecerit, ut nulla vi externa adhibita sponte sua naturali extinquatur; Quod genus, si animal vel hominem inclusum fame necaverit. *L.* 9. §. *si quis hominem*, *L. boves*, *D. eod. tit.* §. *ult. Inst. eod.* Tertium genus est, si quis effecerit, ut ab alio quis occideretur vel læderetur. Talis est, cujus impulsu alius læsus est, seu aliquem occidit. Nam qui impulsus est, non tenetur; qui impulit, in factum tenetur. *L.* 7. §. *proinde*, *D. eodem.* Talis est, qui alio interimente occisum tenuit. *L.* 11. §. *si alius D. eod.* Talis est, qui canem irritavit, fecitque ut alium morderet. *L.* 11. §. *Item cum eo*, *supr. eod.* Postremum genus est, si quis rem aliquam rupit, qua rupta, alia sua sponte rupta est. Nam in posteriore caussa damni datur. Exemplum: Si vietor dolium pertuderit, et vinum ebusum sit, vietor dolum rupit; in vino non dedit damnum, sed caussam damni, et ideo in factum tenetur. *L. si servus*, §. *ult. D. eod. tit.*

Diximus, quis damnum dedisse intelligetur, quis occasionem damni, et quantum inter utrumque intersit. Frustra, dixerit aliquis, Jurisconsulti in hac re laborant: quia qui damni caussam dedit, etiamsi directa actione non tenetur, in factum actione tenetur, ut apparet ex omnibus locis, quos in hanc definitionem adduxi. Nihil autem magnopere refert, quæ actio sit, modo aliqua competat. Adde quod hæc actio in factum est utilis ex *L.* Aquilia, quod probabitur ex contentione horum locorum: §. *ultim. Inst. de L. Aquil. L. liber.* 13. et similibus locis, *D. eod. tit.* At directa et utilis actio eandem potestatem habent. *L. antepenult. de neg. gest.* Frustra igitur in hac differentia explicanda tantopere laborant. Res. Directa et in factum actio et utilis eandem vim habent, quoties idem persequantur: formula enim tantum interest, res eadem est. At in pro-
4 posito † actio ex *L.* Aquilia, longe aliud persequitur, quam actio in factum. Ex *L.* Aquilia actio pœnam persequitur, de qua mox dicam: nempe duplum adversus inficiantem: item æstimationem præteriti temporis. At in factum actio nihil, nisi damnum persequitur. Probatur ex verbo. Dicitur enim *in factum* quæ comparata est in id quod factum est, non amplius. Præterea. Actio præscriptis verbis nihil aliud persequitur, quam quod interest, *L. naturalis*, §. 1. *de præscr. verb. inf.* at in factum actio idem valet: unde eodem nomine actio in factum appellatur. *L.* 1. *et seq. supr. de præscript. verb.* Hoc est, quamobrem Jurisconsulti de hoc disputant.

Rumpitur res non solum per nos, sed 5
etiam † per alios. Per nos notum est; Per alios ita: Primo per eum, qui mandavit, ut quid rumperetur, ut in omnibus delictis accidit. *L. liber.* 2. *D. eod. L.* 1. §. *dejecisse*, *D. unde vi.* Secundo cujus servi ruperunt, aut alii quos ad rem tractandam adhibuit, cum noxios esse sciret. Exemplum, *L. si servus*, §. *proculus*, *D. eod.* Tertio, cujus servus corrupit, sciente domino et patiente. Nam videtur rupisse qui passus est, cum posset prohibere. *L. in lege* 44. *in fine et L. sequent. supr. eod. tit.* In hoc loco hæc dubitatio incurrit: Qui rupit, te-
netur L. Aquilia: Quid si plures † ruperint? 6
Exemplum: plures lapidem provoluerunt, plaustrum impulerunt, trabem dejecerunt: utrum omnes tenentur? Visum est omnes teneri, quasi damnum dederint. *L. item mela*, §. *si plures*, *D. eod.* Sequens quæstio; si omnes tenentur an uno solvente cæteri liberantur, an omnium delinquentium sua obligatio est? Resp. omnium sua obligatio est, et uno solvente cæteri non liberantur: quia in hac obligatione pœna delicti versatur. Omnes autem deliquisse constat: *L. item mela*, §. *sed si plur. D. eod.* in quo loco similes quam plurimos locos Accursius citat, et bene hanc regulam juris enarrat.
Ex hac re alia quæstio † incidit. Plures 7
servi alicujus ruperunt. Sane oportet dominum teneri L. Aquilia vel ut solvat, vel ut noxæ dedat. *L. si servus*, §. *servi autem*, *D. eod.* Quæro, utrum dominus singulorum nomine tenetur. An vero semel duntaxat. Proclivius erat dicere singulorum nomine teneri, exemplo liberorum. Cajus respondet, non aliter teneri dominum in hac re, quam in furto: idest, perinde teneri, quasi liber homo damnum dedisset. *L. illud*, *D. ad legem Aquil.* Postremus locus in lege observandus est.

CAP.

CAP. IV.

Quid quantumque in hanc actionem veniat, seu in hujus judicii condemnationem.

SUMMARIA.

1. *Qualis æstimatio damni facienda sit in actione L. Aquiliæ.*
2. *Num res ex affectione singulorum an communi sit æstimanda.*
3. *Quomodo facienda æstimatio, cum damnum pendet ex futuro eventu.*
4. *In damno æstimando ex L. Aquilia duo singularia, et quæ.*
5. *Adversus inficiantem in duplo esse condemnationem ex L. Aquilia; si tamen actio in simplum competat adversus confitentem: et hoc quale sit explicatur.*
6. *Quid primum Caput L. Aquiliæ cum Tertio dissimile habeat.*
7. *Cum plures servum vulnerarunt qui postea mortuus est, an omnes de occiso teneantur.*
8. *Conciliatur antinomia* §. Celsus L. Item 11, *cum* L. ita vulneratus 51. princ. *vers.* igitur.
9. *An qui pluribus inflictis vulneribus hominem occidit, de vulnerato et occiso an de altero dumtaxat teneatur, et quomodo distinguendum.*
10. *Quid si vulneratus, sed non mortifere negligentia perit, an vulnerans de occiso teneatur.*
11. *Damnum in rebus integris datum actione in factum L. Aquiliæ subsidiaria coerceri.*

Hic observandum est duo capita legis
esse; quorum primum pertinet ad
ea quæ occisa sunt. Tertium ad cætera damna.
In his videndum est: Primo, quid
utrumque habeat commune cum altero:
ne sit necesse inculcare idem in singulis.
1 Deinde quid sit dissimile. Utriusque hoc †
est commune de condemnatione; ut sit
actio in id quanti ea res est quæ rupta vel
occisa est. Apparet ex verbis utriusque capitis:
his verbis significatur, non æstimatio
rei ruptæ, sed damni dati: idest et rei
æstimatio et utilitatis, quæ propter corruptionem
rei amissa est. *L. ait, D. eod. tit. L. si servum*, *§. penult. D. eod.* Hinc
2 quæstio: si res æstimanda sit, † quid hac
in re sequamur: utrum affectionem cujusque,
an æstimationem communem? Placet
sequendam esse communem ex *L. si ser-*
3 *vum, D. eod.* Quid si † damnum ex futuro
eventu pendeat, quæ condemnatio futura
est? Hoc contingit in chyrographo deleto,
in quo aliquid debebatur sub conditione.
Nam fieri potest, ut conditio existat;
fieri potest, ut non existat. Interim
quid fiet. Deciditur hæc quæstio, *L. in lege 42. D. eod.*
4 In hac estimatione damni duo † singularia
sunt, præter cæteras actiones. Primum
non æstimatur res quanti tunc fuit,
cum rupta est; sed quanti fuit, etiam præteritis
diebus: alias quanti fuit anno toto
proximo: alias 30. diebus. Id quale sit,
explicat Justinianus in §. 1. *de L. Aquilia*, *Instit.* Hic observanda est primum pœna
Legis. Nam si quis damnum tantum consequeretur:
consequeretur tantum quanti res
fuit, cum rupta est, nihil amplius: quia etiamsi
res fuisset antea pluris: tanti duntaxat
æstimaretur, quanti tunc est, cum rupta
est. Deinde hoc singulare in hac condemnatione.
Quod res ita æstimatur quanti est,
in confitentem: adversus inficiantem dupli
condemnatio est ex omni capite legis Aquiliæ
L. 2. §. 1. L. inde Neratius, *§. hæc actio*, *D. eod.* In quo rursum alia pœna
legis est animadvertenda. Nam cæteræ actiones
non crescunt inficiatione: imo adversus
inficiantes duntaxat dari solent. Hoc postremum
sic accipitur, † inficiantem in du- 5
plum damnari, si quid revera ruptum sit:
Si nihil ruptum est, inficiatio nihil nocebit
ei, qui conveniebatur. De hac ratione diligentius
considerandum est: quia ut sit duplum,
prius simplum esse oportet. At nullum
simplum est, ubi nihil ruptum est:
ne simplum quidem igitur. Jurisconsultus,
in *L. inde Meratius* *§. ult. et LL. sequentib. D. eod. titul.* hoc loco objicit: Adversus
confitentem actio est in simplum inquimus:
sed hæc præcedere non potest adversus
falso confitentem; Nam cum nulla actio
est, et nullum judicium esse potest. Namque
judicii exitus, condemnatio aut absolutio:
hic neutrum est: non absolvitur qui
confitetur, non condemnatur. Item hæc adversus
confitentem ita explicanda res est.
Judex non datur rei judicandæ caussa, sed
æstimandæ, si forte actor pluris litem æstimet,
quam reus confiteatur. Hæc est ratio,
et veluti occupatio Ulpiani adversus superiorem
objectionem. *L. proinde 2. D. eod. tit.* hæc communia utriusque capitis.
Hoc † dissimile est in utroque capite L. 6
Aquiliæ, quod in primo servis aut pecudibus
occisis, fit condemnatio quanti res fuit
an-

anno superiore toto: *L.* 2. *D. eod.* Tertio autem capite ex cæteris damnis non æstimatur res, nisi quanti fuit triginta diebus proximis *L. si servus*, §. 3. *D. eod.* Hinc apparet plurimum interesse, utrum pecudes occisæ sint, an ruptæ duntaxat: Itemque utrum servus sit occisus, an vero ruptus aut vulneratus duntaxat. Hoc posito, ex hac dissimilitudine utriusque capitis hæ quæ-
7 stiones natæ sunt. Primum † plures servum vulnerarunt, qui tandem mortuus est: quæro, utrum de occiso an de vulnerato tantum tenentur, postquam plurium interest? Est de hac re hæc distinctio. Si apparet quis potissimum occiderit: solus hic de occiso tenebitur; cæteri de vulnerato tantum. Id constare potest hoc modo: si tantum unum vulnus sit mortiferum, et constet quis inflixerit. Sciunt enim Medici quæ sint lethalia: veluti si quis diaphragma, aut cerebrum ruperit. Si non constet quis occiderit, sive singulorum mortiferum non sit vulnus: omnes de occiso tenebuntur. Objiciet aliquis. Atqui fieri non potest, ut omnes occiderint: Resp. Hoc constitutum est, ne delicta maneant impunita: si secus statuemus, impunita erunt. *L. Item mela*, §. *Sed si plures*, *et* §. *sequenti*. Disputatio de hac re tota est Juliani in *d. L. item*, *D. eod. hic.*

8 Antimonia hæc est: † omnes tanquam de occiso tenentur, inquimus: Imo contra, si quis prior mortifere vulneraverit, posterior aliquis exanimaverit: solus posterior de occiso tenebitur; prior de vulnerato *L. item mela*, §. *celsus*, *D. eod.* Contrarium est, quod Julianus scribit: *L. ita vulneratus*, §. 1. *D. eod.* Accursius in *L. ita vulneratus*, rem ita solvit: in *L. item mela*, non constitisse, utrum mortiferum vulnus fuerit: hoc ridiculum est. Nam Jurisconsultus non potuit affirmare esse mortiferum, nisi constaret. Est igitur hæc conciliatio locorum: In *L. item mela*, §. *Celsus*, qui posterior postea vulneravit, statim occidit: ob eam caussam solus de occiso tenebitur. Ratio: quia hoc effecerit, ut non intelligi potuerit, an ex priore vulnere servus moriturus esset. Non idem dicendum est, si mortifere vulneratus, postea obtritus sit ruina, vel naufragio perierit *L. huic scripturæ*, §. 1. *D. eod.* At in *L. ita vulneratus*, plures quidem mortifere vulnerarunt: sed statim servus non est mortuus; verum ex intervallo post utrumque vulnus. Id apparet ex §. 1. aperte: quia dicit Jurisconsultus non constitisse a quo occisus sit: Hic optima ratio est, cur omnes teneantur de occiso: quia non potuit intelligi utrum magis ex priore vulnere an posteriore infectus fuerit, quia utrumque mortiferum vulnus fuit.

Secundo ex ea re quæsitum † est, quid 9
si idem plura vulnera inflixerit? utrum tenebitur ex omnibus et de occiso et de vulnerato, an de altero tantum? Distinguendum est: si primo vulneravit quis mortifere: deinde, post ex intervallo occidit: tenebitur dupliciter et de occiso et de vulnerato, quia plura sunt delicta. Quod si semel occiderit, pluribus vulneribus inflictis: tenebitur dumtaxat de occiso *L. Illud*, §. *ult. D. h. t.* Postremo quæsitum
† est: qui mortifere læsus non erat, ne- 10
gligentia deinde periit: qui vulneravit, an de occiso tenebitur. Initium spectandum est, non casus, et ideo de vulnerato duntaxat tenebitur, non de occiso. Verum est enim vulnus non fuisse caussam ejus mortis. *L. qui occidit*, *in fin. D. eod.* Hæc fere summa est eorum, quæ in hac lege observanda sunt.

Ad postremum hoc notandum, apparet ex his, quæ diximus, non omnia damna L. Aquilia vindicari. Nam L. Aquilia vindicatur tantum, cum res deterior facta est: At fieri potest, ut re integra damnum patiamur, ut si quis animal nostrum compeditum solverit. Resp. cum res nobis abest, damnum est, tamen ad legem Aquiliam non pertinet. Nam non est rupta: ob hanc caussam, quæritur an tantum hoc damnum sit ex Aquiliæ L. actione; utrum cæterorum damnorum sit Aquilia actio. Quod taliter definitur: Quæcunque damna sunt nobis ab aliis, jure civili tenentur; quæ lege Aquilia non vindicantur, vel ex verbis
vel sententia, † in factum actione tenen- 11
tur: de hac actione in factum est apud Justinianum *in fin. tit. de L. Aquil. Inst.* Huc pertinet *L. in laqueum*, *D. de acquir. rer. dom. L. si servum*, *supr. eod.* Itaque licet ita colligere, duplex damnum esse, unum cum res nostra corrumpitur: alterum, cum re salva effectum est, ut nobis ea res abesset. Exemplum illud, quo supra usi sumus: Aliud exemplum, si quis nummos mihi excusserit de manibus, ut ad alium pervenirent. *L. si servus*, §. *si quis*, *D. eod.* Si quid ruptum est, et aliquis rupit, L. Aquilia tenetur; si caussam rumpendi dedit, tenetur ex sententia legis. Actio in hoc genere est in factum: eadem utilis *L. boves*, *supr. ad L. Aquil.* §. *ult. Instit. de L. Aquil.* Rebus autem integris in factum actio est, non utilis. Id sic interpretamur in factum: nata ex jurisdictione prætorum, non ex interpretatione legis effecta, *L. quia actionum*, *D. de præscript. verb.*

HUGO-

HUGONIS DONELLI
JURISCONSULTI
COMMENT.
AD TIT. DIG. DE REB. CREDIT. SI CERT. PET.

CAPUT I.

Titulum *De rebus creditis*, generalem esse: et An nulli sint in Pandectis tituli generales.

DE REBUS CREDITIS.

SUMMARIA

1. *Tituli generales in Pandectis.*
2. *Tit.* De Judiciis, *significatione verbi generalis, et totius partis secundæ Digestorum.*
3. *De judiciis, idest, de actionibus.*
4. *Ordo et progressus Pandectarum.*
5. *Judicium in titulo* De Judiciis *non significat legitimam disceptationem, qua de re judicatur, ut in definitione actionis.*
6. *Tit.* De Judiciis *Justinianus nominatim toti parti secundæ attribuit.*
7. *Ex titulis primis specialibus cujusque partis Pandectarum, ipsas partes nequaquam esse appellatas. et num.* 9.
8. *Partes Pandectarum cur uno nomine quædam appellentur, quædam non appellentur et nu.* 22.
9. *Tit.* De rebus creditis, *significatione verborum, et auctoris sententia, generalis, ac totius partis tertiae.*
10. *Partem tertiam cur vocet Justinianus in sua constitutione,* De rebus.
11. *Tit.* de rebus creditis *eodem modo usurpat Justinianus, quo usurpatus est in edicto perpetuo, atque in hoc fuit generalis.*
12. L. 1. De rebus creditis *interpretatur titulum totius partis tertiæ.*
13. *Tit.* C. De rebus creditis *generalis.*
14. *Hæc verba,* De rebus creditis si certum petetur, *non sunt conjunctim legenda, ut sit una oratio: vetat ratio sermonis.*
15. *Vetat membrorum disjunctio.*
16. *Vetat argumentum subjectum, cui hæc conjunctio non potest convenire.*
17. *Contractus verbo non continetur omnis obligatio: minime autem maleficia.*
18. L. omnem, D. de jud. *explicata.*
19. *Creditarum rerum verbo nec maleficia, nec quasi contractus continentur.*
20. *Pars quinta* Pand. vocatur De testamentis.
21. *Partibus quibusdam Pandectarum cur generalia nomina indita, quibusdam non indita.*
22. De rebus creditis *Tit. etiam ad edictum de jurejurando pertinere, quia jurejurando contrahatur.*
23. *Indebiti condictio ex contractu, ideoque et ex genere rerum creditarum.*
24. *Ob caussam condictio ex contractu.*
25. *Generalis titulus alicujus partis non eo minus, quod sub eo sint aliqui alieniores.*
26. *De judiciis pars cur non contineat* in Pandect. *omnes actiones, et* De rebus creditis, *cur non contineat omnia ad res creditas pertinentia.*
27. *In Tit.* De judiciis, *item* De rebus creditis *quid judicandum de scriptura Florentina.*

OMnes Interpretes prope ad unum docent, et judicio meo recte docent, in hac inscriptione *De rebus creditis, si certum petetur, et de condictione*, duos esse titulos; generalem unum, specialem alterum. Generalem illum, *De rebus creditis*, pertinentem ad partem totam tertiam, non ad eum tractatum tantum, qui proxime sequatur: Specialem hunc, *si certum petetur, et de condictione*, qui indicet quid in proxima sectione agatur; propositum non de contractibus in universum, sed de mutuo tantum et de certi condictione. Quod et probans Alciatus, cum obscurius tradi-

tum esset a prioribus, hoc loco dilucidius et certius exposuit. Ac sunt in hac sententia ita omnes, ut nemo sit ex his, qui cur de eo dubitaret, etiam caussam se habere sit suspicatus. Et merito: norant enim, quid de hac parte scriberet ipse Justinianus cum in procemio Digestorum §. *in secundo*, tunc in *L.* 2. §. *in tertia*, *C. de ver. jur. enucl.* quam diserte utroque in loco diceret tertiam partem appellari, *de rebus*. Non dixit ille quidem de rebus creditis: sed concisa oratione id ipsum significavit: quod fecit brevitati studens, quia sciebat ex ipsa inscriptione, quæ ei parti præfixa erat in Pandectis, aut quam jam ante præfigi volebat, promptum cuivis esse id intelligere, ut cujus initium hoc esset, *De rebus creditis*. Nec vero quisquam fuit Interpretum tam imperitus, qui aliter eam appellationem *De rebus* apud Justinianum acciperet: cum res ipsa ostenderet in hac parte tertia non agi de rebus simpliciter, idest, de rerum qualitate, divisione, vel acquisitione; sed de rebus creditis, seu de contractibus. Videbant præterea, quid de hoc titulo *De rebus creditis* statim initio tituli proximi scriptum esset in *L.* 1. hunc nimirum generalem esse, et ad omnes contractus pertinere: proinde et ad eos generaliter, de quibus in hac parte agatur. Frustra id, et plus quam inepte, nisi in hac inscriptione est hujusmodi aliquis titulus, et is generalis. Neque enim quidquam ad rem pertinet; si quis dicat talem fuisse olim in edicto perpetuo, si hoc loco in Pandectis nullus talis proponitur. Primus nostra ætate rem in dubium vocavit Antonius Augustinus secutus Pandectarum Florentinarum lectionem. Nam is *lib.* 3. *emendat. cap. ult.* in extremo reprehendit Haloandrum, quod et hic, et in parte secunda initio inscriptiones ita distinxisset, ut duos titulos faceret separatos, unum generalem et totius partis sequentis, alterum specialem, qui tamen ambo in utraque parte conjungerentur in Tusco Codice, et ita utramque inscriptionem reponendam monet, ut utrobique fiat unus titulus. Quod non faceret, si in his inscriptionibus ullum titulum generalem a speciali distinctum esse judicasset. Hoc quidam alii postea secuti, cum animadverterent cæteris partibus partim nullum nomen ne a Justiniano quidem attributum esse, partim si quod esset, tamen eum titulum omissum esse in Pandectis Florentinis, ut in quinta parte, ubi non præscribitur titulus De testamentis: iverunt longius, et in universum ita statuerunt, nullos esse in Pandectis titulos generales. Id an ita sit; etsi parum ad jus fortasse, vel potius ad farinam, ut quibusdam videbitur; quia tamen ad sententiam hujus tituli et similium cognoscendam pertinet, age si placet, quod necesse sit, consideremus. Hanc quidem explicationem cum et tituli et susceptæ interpretationis ratio postulent, non potuit a me hoc loco sine manifesto vitio prætermitti. Quæ si habebit contrariæ sententiæ refutationem, ut et alia multa in scriptis nostris, venia dabitur necessitati: nam quomodo aliter veræ confirmationem consequi potuimus? Et certe si verum, quod tam multis videtur oppugnare quidam in hac re sibi permittunt, cur nobis id contra defendere non liceat, non animadverto. Quod si quis est, cui disputatio non placebit, prætereat ut sibi non necessariam, et mecum faciet. Sed si alii cognoscere et rem sibi probari volent, patiatur his quoque satisfieri a nobis: quanquam disputatio ipsa tota, spero, suo fructu et vario non carebit. Scribunt ergo nonnulli nullos titulos in Pandectis esse generales.

Non persequar hoc loco diligentius minus generales † quosdam, ut De jurisdi- 1
ctione, De in integrum restitutionibus, De servitutibus, De pignoribus, De tutelis, De bonorum possessionibus, De interdictis, et similes aliquot; quos tamen generales esse verecunde inficiari non possumus: cum de genere toto scripti sint, et adjunctis aliis specialibus eidem generi subjectis sive qui præcedant, sive qui sequantur, ita scripti, ut ad speciales omnes plane referantur, utpote in quibus generalia quædam ad omnes species vel præcedentes, vel sequentes pertinentia tradantur. Dicam de duobus ipsarum partium integrarum titulis, de quibus majorem controversiam esse video: De judiciis, qui titulus est primus secundæ partis; et de hoc titulo De rebus creditis, qui primus est tertiæ.

Ajo Titulum, † *De judiciis*, qui præfi- 2
xus est parti secundæ Pandectarum, distinctum esse ab eo, qui conjunctus eodem contextu legitur in Pandectis Florentinis, *ubi quisque agere vel conveniri debeat*: hunc quidem specialem esse, illum autem, *De judiciis* esse generalem, et titulum totius partis secundæ, minime autem proprium ejus tractatus, qui proxime insequitur.

Nempe quia titulus, De judiciis, in ea inscriptione valet † de actionibus, de qui- 3
bus non agitur in proximo titulo, sed in sequen-

sequentibus, et quidem ita, ut sit hoc argumentum totius partis: et præterea, quia Justinianus hujus tituli et compositionis totius auctor hunc titulum toti parti attribuit, eamque quoties ejus mentio incidit, *De judiciis* nominari ait, *d. L.* 2. §. *secundus*, *C. de vet. jur. enu.* et in procemio Digestorum §. *in secundo.* Si titulus superior judiciis significat, *de actionibus*: dubitari non debet, quin ad totam partem, nullo autem modo ad proximum tractatum pertineat, eoque generalis sit titulus, non specialis. Id autem eo titulo significari, et in eo hunc esse sensum sive Justiniani sive compositorum, usque adeo ex his quæ in Pandectis præcedunt, quæque sequuntur, manifestum est: ut attendenti prope res dubitationem non habeat. Quid enim proponitur ad futuræ compositionis et tractationis ordinem jam a principio ex titulo *de stat. homin. L.* 1. *et* 2.

4 Omne nimirum jus, quo utimur, † vel ad personas pertinere, vel ad res, vel ad actiones. Itaque cum hominum caussa omne jus constitutum sit: fore, ut primo de personarum statu, ac post de cæteris ordinem edicti perpetui secuti, et his proximos atque conjunctos applicantes titulos, ut res patitur, compositores dicant. Et quidem deinceps quoad licuit hunc ordinem secuti sunt, ut ex progressu apparet. Nam et de statu personarum prius dixerunt aliquot titulis, et deinde rerum divisione et qualitate. Quibus ex partitione proposita expositis, si ad tertium membrum progredi vellent, restabat, ut dicerent non de judiciis, idest, disceptationibus quæ fiunt apud judices, seu de forma et ordine rei nostræ apud judicem persequendæ, nam de his nihil erat propositum: sed de judiciis, idest, actionibus, quod tertium erat membrum propositæ divisionis. Quod et fecerunt, sed hanc tractationem solum exorsi a secunda parte Pandectarum: cum enim de actionibus sic agere instituerent, quatenus ad rem conferuntur, idest, quatenus his judicio agimus juris nostri obtinendi caussa quam ad rem illæ sunt comparatæ: ideo in prima parte quædam præmiserunt futuræ actionis velut initia, quæ quodque judicium aut semper, aut ut plurimum præcedere oporteret, sine quibus frustra de movenda actione cogitaretur. Sic deinde his cognitis, de judiciis ipsis, idest, ut erat propositum, de actionibus agere cœperunt. Id quod si ab illis nusquam factum est: neque partitioni a se propositæ, neque promissio satisfecerut: quo nihil dici potest aut re vitiosius, aut cogitatione ab iis alienius qui eandem partitionem cum in Institutionibus sibi proposuissent; ejus partes diligenter et attente ad extremum sunt persecuti: ut incredibile sit eos in magno et accurato opere non fecisse, quod in leviore bona fide servaverant. Quod si usquam ab illis de actionibus agi cœptum est, cum nusquam alibi cœptum sit: ubi tandem id factum reperietur, nisi in ea parte secunda, quæ est de judiciis? Et vero id ita fecerunt: quod species actionum sigillatim deinceps expositæ evidenter probant. Nam cum actionum duo genera sint, unum in rem, alterum in personam: *L. actionum, infr. de ob. et act.* prius actiones in rem executi sunt, quod fecerunt in secunda parte: atque ea in his explicandis prope tota consumitur. Post generum ordinem secuti, egerunt de actionibus in personam: ac prius de his, quæ ex contractu nascuntur: in quo cum necesse haberent species contractuum exponere, et hoc ipsum præstiterunt; idque est, quod agere instituunt in hac parte tertia, quæ ob id et *De rebus creditis* inscripta est, idest, de contractibus. Ut ergo propositæ partitionis ratio hoc exigebat, ut prioribus partibus cognitis, ordine ageretur de actionibus; sic ordo in cæteris partibus persequendis a compositoribus servatus, tum tractatio sequens ad tertii membri explicationem accomodata, luce clarius ostendunt, hoc ipsum et illos in hac parte servasse, et a secunda parte Pandectarum initium fecisse de tertio membro dicendi, idest, de actionibus, quas judicia nominarunt: non nova aliqua aut minus usitata verbi significatione, sed ita trita, ut nihil sit in usu juris, et veterum scriptis frequentius. Hinc in edictis prætorum promiscue, *actionem dabo, et judicium dabo*, pro eodem usurpantur. Et in quo edicto prætores judicium pollicentur, in ejus interpretatione Jurisconsulti id judicium *actionem* sine discrimine nominant. Ut in edicto suo pollicentur Ædiles se ad redhibendum, et quanto minoris judicium daturos *L.* 1. *infr. de æd. ed.* quam tamen actionem redhibitoriam, et actionem quanto minoris a Jurisconsultis ejus edicti interpretibus passim dici constat. Hinc judicia bonæ fidei, stricti juris, et arbitraria dicta pro actionibus bonæ fidei, stricti juris, et arbitrariis passim legimus. §. *actionum autem, juncto* §. *in bonæ, Inst. de act. L. in actionibus, infr. de in lit. jur.* Hinc in hoc *judicio*, et in hac *actione* pro eodem. Exemplis plena sunt omnia. Quod si titulus De judiciis sic accipitur, ut sit de

de actionibus: non potest omnino, quin sit generalis, et parti toti secundæ attribuatur, qui verbo generis complectitur actiones omnes, eoque et generaliter eas de quibus ex professo in ea parte agitur.

Neque vero isti audiendi sunt, qui *judi-*
5 *cii* verbo in ea inscriptione significari † volunt disceptationem legitimam, qua apud judicem inter duos pluresve de re controversa jure contenditur, ut sic deinde specialem titulum esse efficiant, et talem, cui solus sequens proximus tractatus conveniat, *ubi quisque agere vel conveniri debeat.* Nam præterquam quod et ab instituta partitione, et a tractatione actionum subjecta plane abhorret: (quod vitium ne in stultissimo quidem scriptore ferendum sit) etiam hanc significationem accipi ipse numerus verbi prohibet. De judiciis enim dictum est numero plurali, quo plura et diversi generis judicia significantur: id quod de actionibus recte dicitur, quæ multæ sunt et variæ, nec minus specie, caussis, et fine inter se discrepantes. Quod si disceptationem illam compositores intelligerent: *de judicio* dici oportuit, non *de judiciis*: quoniam judicium cum disceptationem legitimam significat, genere, et partibus ubique unum est in rebus privatis; neque aliud est, cum actione in rem agitur, aliud cum actione in personam; sed in utroque genere pariter litis contestationem, caussæ cognitionem, et sententiam judicis desiderat, iisdemque rebus perficitur. Tum autem nec si hoc sensu accipi eum titulum placeret: efficitur titulum esse specialem, ut volunt; sed potius hoc dicitur, esse generalem pertinentem non ad jurisdictionem tantum judicis, et forum competens, de quo primo titulo agitur, sed ad omnes partes judicii illas quas modo dixi, litis contestationem, caussæ cognitionem, sententiam judicis; ut de his non alio loco, quam sub eo titulo agi debuerit. Nec ad minuendam generalitatem ejus tituli guidquam proficiet, si quis dicat de his partibus hic tractatum non esse. Hoc enim non facit, quominus titulus sit generalis, sed ut accusentur potius compositores: quod cum generali verbo judiciorum de totius judicii ordine et forma se dicturos polliciti essent, tantum dixerint de foro competenti, et alias judicii partes omiserint. Nec recte dicetur compositores in eo titulo non simpliciter esse pollicitos se de judiciis esse dicturos, sed actenus, ut solum quæratur, ubi quis agere vel conveniri debeat, quæ reliqua pars est ejusdem inscriptionis. Hoc enim dici posset, si ita fuisset inscriptio: *De judiciis, ubi quisque agere vel conveniri debeat.* Nunc autem inscriptio ita est, *De judiciis, et ubi quisque agere vel conveniri debeat*: ubi conjunctio, et, ista copulans, ostendit diversas res simul hic proponi, judicia videlicet, et in his eam partem, quæ est de foro competenti: illa generaliter et infinite; hanc de specie vel parte ad judicium pertinente. Atque hæc de significatione verborum tituli dicta sunt, quæ ejusmodi est, ut generalitatem tituli dilucide arguat.

Quod si de significatione verborum ambigeretur, tamen quæstio tollitur, si qualem velit † Justinianus hunc titulum esse, 6
et quid de eo sentiat, declaret. Ipse enim hujus tituli ac totius Pandectarum compositionis auctor est: aut si malumus, ita auctores sunt compositores, ut eorum sententiam approbando Justinianus suam faciat, ut ipse testatur in *L. 1. §. omnia, C. de vet. jur. enuc.* In oratione ambigua non utrunque dicit, qui loquitur, sed id solum quod voluit. *L. 3. infr. de reb. dub.* Constat autem Justinianum hunc titulum De judiciis (de judiciis, inquam, simpliciter, non de judiciis, et ubi quisque agere vel conveniri debeat) non proprium unius alicujus tractatus, qui in parte secunda explicetur, sed communem totius partis secundæ fecisse, ut qui hunc toti parti tribuerit, et nominatim ac sæpius dicat eam appellari de judiciis. *d. L. 2. §. secundus, C. de vet. jur. enu. alias de confir. D. et in d. prox. D. §. secundo.* Quin ergo generalis sit, et totius partis ex sententia auctoris seu auctorum, dubitari nullo modo oportet. Quod si aliter generalis esse posse non videtur, quam si significet de actionibus, de quibus in ea parte agitur: etiam id ipsum sensisse vel Justinianum vel compositores existimare debemus. Denique quamcunque rationem hujus appellationis ferre possumus, dum hoc maneat, quod certum est, titulum ab auctoribus ipsis toti parti secundæ adsignatum esse, non uni alicui tractatui ejus partis specialiter attributum. Quod cum tam dilucide et sæpius ab illis factum sit: nemo juste mirabitur, si sæpe sum miratus (quod quidem ego nunquam satisfacere potui) quid istis venerit in mentem, ut nihilominus generalem et totius partis titulum esse negarent. Sciebam enim legisse eos Justitiani de compositione Pandectarum, et singularum partium appellationibus constitutiones. Nec mihi occurrebat, quid adferre possent, cur negarent titulum generalem esse, quem

Ju-

Justinianus totius partis titulum esse, aut quo totam partem appellari diceret. Nam ut dicatur fortasse Justinianus non recte hoc fecisse, quia non omnibus titulis specialibus ejus partis is titulus conveniat; utcunque ferri potest apud eos, qui non omnia hic recte disposita, aut suis et propriis nominibus notata esse agnoscant. At ut negemus a Justiniano generalem factum esse, quem toti parti adscribat, seu quo dicat partem ipsam secundam nuncupari, hoc vero mihi ferendum non videbatur. Video tamen hic rationem illis esse inventam, qua se expediant. Ajunt enim titulum de judiciis primum titulum esse, et eum specialem secundæ partis: verum ab hoc totam partem esse appellatam: ita fieri, ut specialis semper maneat, ut est initio constitutus, etsi ex uno tota pars nominetur. In quo hæc habeo quæ respondeam. Primum nego hunc titulum esse titulum primum simul et specialem secundæ partis. De quo si dubitaretur, tamen male sumunt ad sententiæ suæ confirmationem id, quod est in controversia. At id ipsum est, de quo nunc quæritur. Ego autem abunde supra demonstratum arbitror titulum *De judiciis*, generalem esse et totius partis, non autem specialem. Quod si ita est, ab hoc et eo primo titulo pars ipsa nominata dici potest; a speciali nuncupata dici non potest, ubi eum titulum generalem, non specialem esse constitit.

7 Nego præterea Justinianum † ex primis titulis cujusque partis partes Digestorum appellare, quo quid potest esse certius? Quarta pars titulum primum habet, De pignoribus: sexta primum, De bonorum possessionibus: septima primum, De verborum obligationibus. Nulla tamen ex his titulis apud Justinianum nominatur. Ac ne quis ideo fieri putet, quia Justinianus nullum his omnino nomen indiderit, proponat sibi quintam partem: hanc ille in eadem constitutione, *De testamentis* appellari scribit. *d. L.* 2. §. *quintus*, *C. de vet. jur. enucl.* Hujus tamen titulus primum in Pandectis Florentinis est: *Qui testamenta facere possunt.* Nam de testamentis titulus omissus est. Non ergo ne hæc quidem pars, quanvis commune nomen habeat, ut secunda et tertia: ex primo titulo ejus partis speciali, qui est in Pandectis, nominatur. Et cur secundam aut tertiam partem ex primis titulis specialibus appellaret potius, quam cæteras, cum cæteræ non minus Pandectarum sint partes, nec minus singulæ suos quæque titulos primos habeant? Hic istis mirabilis exoritur ratio ad differentiæ explicationem. Pars, inquiunt, secunda, et tertia, Justiniani constitutione, quæ est Procœmium Digestorum, jubentur singulæ tradi auditoribus juris continuata serie ab initio usque ad finem, nullo, ut constitutio loquitur, penitus derelicto. Hæc tradendi ratio facit, ut a primis suis titulis appellentur: itaque secunda a primo titulo vocetur de judiciis, similiter a primo titulo tertia de rebus. Eademque esset ratio cæterarum, si æque ac tres primæ traderentur integræ uno tenore. Nunc autem reliquæ ea constitutione ita tradi non jubentur, sed traduntur earum libri auditoribus sigillatim et abrupte: unde et singulares nuncupantur: ideo a primis titulis nomen non acceperunt. Quasi vero ut pars aliqua vocetur a primo titulo, aut non vocetur, quidquam referat, qua serie uniuscuiusque partis libri tradantur auditoribus. Si primus titulus ad alios omnes ei parti subjectos generaliter pertinet: an dubitamus ab eo totam partem recte vocari, etiam si quæ re conjuncta sunt, non una serie et uno velut contextu a præceptore tradantur? Et contra si titulus primus nulla ratione conjunctus est cum sequentibus: an magis intelliguntur conjungi, quia continuata serie traduntur? Quod si nihilo magis conjunguntur, quæ ista ratio est reliquis tribuere id nomen, quod eis re ipsa non magis convenit? An ignoramus, quod recte scriptum est in §. *est et aliud*, *Inst. de don.* nomina rebus consequentia esse debere? Quid autem de conductione, aut disjunctione mutat Doctoris explicatio, cum conjunctos titulos, et in una cognitione positos liceat separatim tradere et audire; disjunctos autem ac minime cohærentes uno tenore et continua serie tradere liceat? Fatendum est igitur quod res est, totam hanc rationem divinationem esse, eamque, non ausim dicere nugatoriam, sed tamen quæ nulla ne probabili quidem ratione nitatur, objectam tanquam nubeculam lectorum oculis, ne quod in hac re verum est, possint cernere. Mihi quidem viris doctis indigna videtur. Cur ergo quædam partes Pandectarum uno nomine appellantur, quædam non appellantur?

Vera ratio hæc † est, quod quædam nomen et titulum generalem admittunt, quædam non admittunt. Quædam enim continent res unius generis, proinde et uni nomini subjectas, quo etiam nomine appellantur; quædam, res ita genere diversas, ut sicut uni generi, sic uni nomini subjici 8

non

non possint: quod cum fit, eas nomine carere necesse est. Prioris generis, est pars prima, quæ principia juris et actionum initia continens, vocatur a Justiniano accommodato ad eam rem nomine τὰ πρῶτα. Pars secunda, in qua cum judicia, seu actiones tractari incipiant, fitque id argumentum ejus partis: recte et convenienti nomine appellatur, *De judiciis.* Pars tertia, in qua quia de contractibus agitur, hinc et nomen rei conveniens *De rebus creditis*, idest, contractis, seu de contractibus. Pars item quinta, in qua et ipsa de uno genere rerum agitur, nempe de testamentis, et rebus ad testamentum pertinentibus: ex quo et appellatio, *De testamentis.* Posterioris generis sunt reliquæ partes, quæ quia singulares minimeque cohærentes tractatus habent, ideo communi nomine designari non possunt. Nihil igitur minus verum est, quam ex primis titulis singularum partium specialibus cum reliquis titulis nihil commune aut conjunctum habentibus partes ipsas Digestorum a Justiniano aut compositoribus nominari. Quapropter licet jam convertere argumentum, et colligere hoc modo: Non appellantur partes Digestorum ex primis titulis specialibus cujusque partis; atque adeo absurdum est, minimeque consequens eas ex his appellari, ut quorum nomina parti universæ, idest, rei cui imponuntur, nullo modo conveniant. Constat tamen nomen *De judiciis* parti ipsi secundæ toti tribui, eamque appellari, *De judiciis.* Non est igitur hic titulus *De judiciis* specialis. Licet etiam hoc modo: Non appellat Justinianus partes singulas Digestorum uno nomine atque uno titulo, nisi cum ei nomini et titulo pars tota subjici potest, ut sit titulus parti conveniens, idest, communis et generalis. Appellat autem secundam partem uno nomine, *De judiciis.* Est igitur is titulus generalis, non specialis. Restabat hoc loco, ut objecta quædam diluerem, quibus se moveri ostendunt contrariæ sententiæ auctores, ut hunc titulum negent esse generalem. Sed cum ea non minus ad titulum *De rebus creditis* pertineant: melius erit hanc responsionem in eam partem differre, ut cum de utroque titulo dixero, tum quæ adversus utramque interpretationem communiter dicuntur, semel quoque et conjunctim explicentur. Venio igitur ad titulum, *De rebus creditis.* Et quod dixi de inscriptione illa partis secundæ, *De judiciis, et ubi quisque agere vel conveniri debeat*: hoc idem et de inscriptione hac partis tertiæ statuo, *De rebus creditis, si certum petetur, et de condictione*: in hac nimirum, ut initio posui, duos esse titulos; unum his verbis, *De rebus creditis*, distinctum ab ea parte, quæ sequitur: alterum his verbis, quæ sequuntur, *Si certum petetur et de condictione*: hunc sine controversia specialem esse, et ad proximum tractatum tantum pertinere; at priorem esse generalem, qui ad totam partem tertiam, non ad proximum titulum referatur. Cujus rei non eadem tantum argumenta sunt, quæ supra, sed et alia ac certiora. Eadem quidem sine dubio hic occurrunt, quæ sunt duo: tituli significatio, et auctoris sententia. Is enim vere titulus generalis dicendus est, qui et significatione verborum talis est, qua nota Ulpianus in *L.* 1. hic generalem titulum æstimat; et quem auctor verbis consentiens talem esse voluit: ut et significatio cum mente loquentis, et hæc cum re congruat.

Horum † utrumque in hoc titulo *De rebus creditis* maxime reperietur. Verba sunt, De rebus creditis. Et *rei* verbum, et *credendi* generale est teste Ulpiano in *d. L.* 1. *Rei* quidem; ut quo res omnes non tantum mobiles, sed etiam immobiles, nec tantum corpora sed etiam jura contineantur. *L. rei appellatio*, *L. pecuniæ appellatione*, *L. pecuniæ nomine. infr.* de verb. sig. *Credendi* autem, quia hoc verbum contractus omnes complectitur, ut ibidem Ulpianus docet. Itaque de rebus creditis, idem valet ac de contractibus: quem titulum non unius alicujus singularis tituli, sed totius partis esse communem nemo ambigit, utpote in qua tota de his agatur. Ut autem titulus re et significatione generalis est, sic et auctoris sententia. Justinianus enim compositionis hujus, et partium distinctionis, ac singularum appellationis auctor, hunc quoque generalem facit: parti enim ipsi toti attribuit, quam vocat de rebus creditis itidem, ut secundam de judiciis. *d. L.* 2. §. *in tertia*, *C. de vet. jur. enucl.* et in prœmio *D.* §. *in secundo.* 9

Nec nos remoretur, quod appellat tantum *de rebus*, nec addit *creditis.* Ut enim monui initio, ad totum † titulum indicandum satis habuit prima verba tituli ponere, quia designabat nomen et titulum tertiæ partis, qui qualis esset, cuivis paratum erat sumere ex ipsa ejus partis inscriptione. Fuit autem hæc inscriptio, non de rebus simpliciter, sed de rebus creditis. Intelligebat etiam lecta ejus partis tractatione periculum non esse, ne quis eum putaret appellare eam partem de rebus tantum, ac non de rebus creditis, cum perspi- 10

spicue in ea non de rerum acquisitione et jure, sed de contractibus ageretur. In summa Justinianus partem hanc totam appellat, De rebus creditis. Itaque nomen hoc toti parti tribuendo, ut re generalis est, sic et generalem ac totius partis communem suo ipsius testimonio facit. Nec unquam dixeris nihil prohibere, quominus titulus hic sit specialis ac proprius subjecti tractatus, et tamen ex eo pars tota appelletur, quia sit primus: Justinianus autem ex primo titulo quamvis speciali partem appellet. Nam ut hic quoque attingam, quod supra refutavi pluribus: nunquam committeret Justinianus, ut rem non suo nec conveniente nomine appellaret, cum sit hominum vel stultorum vel imperitorum id facere: certe hæc conjectura in homines doctos et intelligentes non cadat, qualium opera in Pandectis componendis ille est usus: nunquam autem titulus specialis et ab aliis omnibus diversus toti parti conveniat. Nec collocatio ejus tituli de re quidquam mutat. Detur enim, exempli gratia, titulus de mutuo: sit is ordine primus licet: nunquam ordo efficiet, ut depositum, commodatum, emptionem, et alios multo alieniores contractus contineat. Quomodo ergo ex eo titulo nominet eam partem, in qua de his rebus tractetur? Quod si faceret, nihilo faceret rectius, aut minus ridicule, quam si de asinis tractaturus, de duobus titulum faceret: aut tractaturus de calcaria, propter colorem calcis de fullonica scriberet. Sed et Justinianum ullam partem ex primo titulo ejus partis speciali non appellasse, argumento sunt omnes reliquæ partes, quæ apud eum communi nomine carent: habent enim omnes titulum suum primum. Cum tamen nullæ commune nomen quod rebus conveniret, admitterent: nusquam ita desipuit, ut ullam earum non dico appellaret ex primo titulo speciali, sed etiam vel tantum designaret. Quod quale esset, et quam rationem in quibusdam appellandis, quibusdam non appellandis secutus esset, abunde supra exposui. Convenit ergo Justiniani voluntas ac sententia cum verborum significatione in hoc quoque titulo, *De rebus creditis*: facitque utrunque, ut quemadmodum titulum De judiciis his argumentis generalem esse diximus: sic et hunc iisdem rebus non minus generalem et totius partis esse existimare debeamus. Sed accedunt et alia etiam certiora. Nam titulum, *De judiciis*, nusquam legimus a prætore fuisse ulli parti edicti præmissum, in qua De judiciis, idest, de actionibus ageretur: ut dici posset Justinianum hoc exemplum secutum idem servasse in Pandectis: multoque minus usquam in parte secunda de significatione ejus tituli relatum est illum esse generalem. At ne de his in hoc titulo liceat dubitare utrumque de eo nominatim consignatum habemus in *L.* 1. *hoc tit.*

Testatur enim illic Ulpianus veterem esse titulum *De rebus creditis*, natum a prætore; præmissum autem † ut generalem iis 11
edictis, quibus jus de contractibus variis proponebatur. Eundem et ipse generalem esse non solum dicit, sed etiam probat ex *credendi* definitione, et verbi *rei* significatione. Quid hæc, dixerit aliquis, ad probandum, quod institutum est, cum hic non de titulo prætoris, sed Justiniani quæratur? Nempe hoc efficiunt, si Justinianus in hac inscriptione eodem titulo atque eodem sensu usus est, fieri non posse, quin titulus ut apud Prætorem in edicto perpetuo, sic apud Justinianum in hac parte publico etiam veterum testimonio sit generalis. Atqui horum utrumque fecit Justinianus, et quidem ita aperte, ut nihil apertius. De verbis nulla est quæstio: utrobique enim idem titulus, *De rebus creditis*. Eodem autem sensu illum usurpasse hæc verba, ejus factum et testimonium non obscurum palam ostendit. Ut enim prætor hunc titulum præmisit ei loco, sub quo edicta de contractibus variis inserta erant, quo nomine et generalis ab Ulpiano dicitur: sic et Justinianus ei parti, in qua de eodem jure, iisdemque contractibus agebatur. Et ne qua esset dubitatio, num Justinianus sic hunc titulum præmisisset, ut ad primum tractatum referret potius, quam ad totam partem: aperte hunc titulum non speciali alicui titulo, sed toti parti tribuit, cum hanc appellat *De rebus creditis*: vel potius cum ait eam *De rebus creditis* apppellari: quibus verbis declarat non se tantum in ea constitutione, in qua hæc scribit, eam partem ita nominare, ac forte extra eam constitutionem mutare eam appellationem: sed potius cum pars alibi ita nominetur, se hoc testari, et de eo lectorem monitum velle. Is autem locus extra constitutionem alius intelligi non potest, quam ubi proponitur pars ipsa, seu initium hujus partis: ubi hic titulus toti parti præmittitur. Non minus hoc probat, quod compositores, et per hos Justinianus in *L.* 2. *§. de stat. hom.* profitentur se in jure his libris tradendo ordinem perpetui edicti secutos. Ad hunc ordinem edicti non dubium est pertinuisse titulorum edicti dispo-

spositionem, eorumque appellationem, qualis a prætore proposita est. Quare qui in titulo hoc *De rebus creditis* ordinem et formam edicti se secutos profitentur, simul et se hunc titulum eodem sensu proposuisse, et secutos esse profitentur. Nec quem moverit, quod Hermogeniani verba referuntur in *d. L. 2. de stat. hom.* Hæc enim sub Hermogeniani nomine, Justiniani verba sunt, qui quid in his libris scriptum est, suum esse vult existimari. *L. 2. §. tanta, C. de ver. jur. enuc.*

12 Quid, si etiam quæ † de significatione hujus tituli traduntur in *L. 1. hoc tit.* ad eam inscriptionem, quæ hoc loco est, referri debent? an quidquam dubii esse potest, quin illa sit generalis, cum titulum *De rebus creditis* hoc illic interpretetur Ulpianus? Atqui ea interpretatio et tota *L. 1.* sic accipienda est, ut ad inscriptionem hujus partis referatur. Etsi enim quæ illic scripta sunt, Ulpianus scripsit de titulo *De rebus creditis*, qui erat in edicto perpetuo: tamen cum ea usurpet Justinianus, et usurpando sua esse velit, ut ante dixi: hæc non jam ex persona Ulpiani accipienda sunt, sed Justiniani, et curandum, ut sicut ille vult, sic ista ad ejus institutum accommodentur, idest, ad inscriptionem ab ipso propositam. Et certe cum interpretatio hæc ad titulum rerum creditarum præcedentem referatur, ut verba indicant, præcedat autem titulus non edicti perpetui vetus, sed novus partis tertiæ, translatitius tamen, et qui iisdem verbis idem valeat: omnino ad alium quam ad hunc ipsum de sententia Justiniani interpretatio referri non potest. Quod si ad eum non pertinet, delenda est ex hoc titulo et procul etiam rejicienda tota *L. 1.* non solum ut otiosa, sed etiam ut fallax et erroris tantum objiciendi caussa posita. Ut otiosa: quia ad hunc titulum nihil pertinet, si in eo nullus est titulus generalis. Quid enim ad rem facit, quod titulus *De rebus creditis* olim in edicto propositus generalis fuit, si hic de quo nunc agitur, non est talis? Ut fallax, et ad errorem objiciendum tantum comparata: quia cum audimus titulum *De rebus creditis* non solum sententia prætoris, a quo propositus est, sed etiam re et significatione verborum generalem esse, atque omnes contractus complecti: non possumus, si hanc definitionem sequimur, quin statim et eum qui hic positus est, et exstat totidem verbis, eodem modo accipiamus. In quo tamen valde errabimus, si hic non erit nisi specialis. Sed etsi contra pro speciali accipiemus, eveniet, ut incipiamus de definitione Ulpiani dubitare, quasi falsa sit: in quo et ipso rursum errabimus. Quod si in legibus hæc vitia, quoad licet, admittenda non sunt, *L. in ambigua. infr. de legib.* si potius in his ea sententia accipienda, quæ rei gerendæ est aptior: *L. quoties idem, infr. de reg. jur.* nihil relinquitur, nisi ut tota ea interpretatio ab Ulpiano licet translata, tamen ad titulum qui hic præcedit, debeat referri. Jam vero de eo titulo ita scribit Ulpianus, ut eum aperte dicat esse generalem, et declarata verborum significatione confirmet. Quæ si ita sunt, quin titulus *De rebus creditis*, hic ipse, inquam, qui hoc loco proponitur, ut re, sic Justiniani voluntate, et omnium certissimo testimonio *L. 1. infra*, generalis sit, dubitari non potest. Etsi autem hæc abunde satis esse poterant; tamen quo magis cerni possit certitudo hujus sententiæ, conferamus, si placet, cum hoc titulo titulum primum libri quarti Codicis, qui iisdem verbis conceptus est, ac videamus qualis eo loco sit is titulus. Nam cum liber quartus Codicis huic parti tertiæ Pandectarum respondeat, sitque utriusque loci argumentum idem, nempe de contractibus: si ibi compositores titulum *De rebus creditis* generalem esse voluerunt pertinentem ad totum librum quartum, non ad singularem aliquem titulum ejus libri: non vereor, ne quis dicat eos non item eum titulum, qui iisdem verbis huic parti præpositus est, generalem esse voluisse, et ad totam partem pertinere: cum absurdum sit dici eodem titulo utrobique præposito, in earundem rerum tractatione non eandem tituli significationem ab iisdem auctoribus retineri: et cum sicubi expediat partes generales totius compositionis certis nominibus notari, quo magis partium distinctio intelligatur, et res a confusione revocetur, id præcipue expediat fieri in Pandectis, in quibus ut in opere majore et accuratiore diligentior tractatio necessaria sit, et ad partes notandas ac distinguendas designatio certior.

Quæro ergo in hac inscriptione, *De rebus creditis et jurejurando*, qui titulus primus est libri quarti Codicis, utrum putemus his verbis, † *De rebus creditis*, partem tituli specialis, an titulum per se distinctum et generalem contineri. 13 Non dubium vero est, quin titulus specialis, aut tituli specialis pars his verbis non contineatur. Nam si specialis est, ad proximum sequen-

quentem solum pertinet. Ad hunc porro pertinere omnino non potest: quandoquidem agitur in eo solum de jurejurando: jusjurandum autem non est res credita seu contractus; et si esset, amplius tamen in eo non agatur quam de uno contractu, non etiam de contractibus. Quid superest igitur, nisi ut qui significatione generalis est, sit etiam re ipsa et illic generalis, atque ad totum librum pertineat, qui specialis esse non potest? Quod si in Codice hæc hujus tituli significatio est, ubi totum librum uno nomine appellari minus fuit necesse: quanto magis in Pandectis, ubi omnia ampliora et accuratiora visuntur, ad partem suo nomine designandam, indicandumque partis argumentum, hanc ipsam significationem retineri oportuit? præsertim cum hic titulus fuisset talis in edicto perpetuo, cujus ordinem et formam secutos se in Pandectis compositores testantur in *d. L.* 2. *sopra de stat. hom.* Hæc tam certa si aliquando occurrunt contrariæ sententiæ auctoribus, mirum, ni taciti apud se si non vincuntur veris, at certe interdum tam manifestis moveantur. Et quidem illos aliquando modo esse possumus ex eo facere conjecturam, quod posterioribus scriptis nonnihil de priore sententia remiserunt: non ut mutarent tamen, sed ut latebra quæsita sententiæ, tutius in ea delitescerent.

Cœperunt enim dicere in hac inscriptione, *De rebus creditis*, *si certum petetur*, *et de condictione*, non esse tria membra orationis, primum *De rebus creditis*, secundum *Si certum petetur*, tertium *De condictione*: sed hæc verba, *De rebus creditis si certum petetur*, conjungenda esse, ut efficiatur unum membrum, sicque accipiatur, quasi ita scriptum esset: Si certum petetur de rebus creditis, ut sit sensus hic agi de certi condictione qua de rebus creditis agitur, idest, ut ipsi volunt, de certi condictione generali. Quod cum dixerunt, non modo rem non expediverunt, sed errorem veterem novo et insigniore errore cumularunt. In quo difficile
14 dictu est, † quid primum reprehendatur: utrumne vitium sermonis in hac structura, an conjunctio membrorum, quæ maxime sunt disjuncta, an conjunctorum aliena interpretatio et accommodatio: tot enim sunt, quæ pariter istam conjunctionem repudient. Primum nemo ita loquitur, *De rebus creditis si certum petetur*, ubi intelligere velit, si petatur certum ex rebus creditis seu de rebus creditis. Ad hoc exprimendum rectus et naturalis idemque Latinis cognitus loquendi ordo hic est, ut dicatur, Si certum petetur de rebus creditis, aut, Si de rebus creditis certum petetur: ut utrobique præponatur particula, *si*. Ut autem ad eandem sententiam efficiendam non solum, *si*, postponatur, sed etiam præponatur id membrum, quod posterius esse debuit: si aliena et ab usu loquendi plane abhorrens oratio non est (quanquam est ejusmodi): at certe conversa est, et non sine ridicula elegantiæ affectatione de industria obscurata oratio: quæ cum ab aliis scriptis omnibus, tum maxime a jure quam longissime abesse debet: a titulis præsertim et inscriptionibus, in quibus præcipue simplicem et apertam orationem esse convenit. Neque vero in ea significatione quam isti volunt, ita scribi non debuisse ut hic scriptum est, aliis locis magis ostenditur, quam his titulis quos argumenti loco citant ex Codice Theodosiano, *Si certum petetur de suffragio*, et *Si certum petetur de chirographis*: in quibus non solum, *si*, particula præcedit, sed etiam tota hæc oratio *Si certum petetur*: cui deinde velut generis præcedentis ad speciem certam restrictio, recte subjicitur caussa, ex qua certum petatur: ut horum argumento si uti placet, omnino converso ordine et conversa structura ita hoc quoque dicendum fuerit, *Si certum petetur de rebus creditis.* Quod si hoc ipsum compositores intelligi voluerunt, licet ex istis quærere, cur cum intelligenter et recte compositores ita loqui possent, maluerint perversa structura ita dicere, *De rebus creditis si certum petetur.* An quod oratio erat dilucidior? At isto sensu ita est, ut ne intelligatur quidem. An forte quia concinnior et elegantior? Et quæ ista est elegantia, non solum quæ rectitudinem sermonis non servat, sed etiam quæ aliud exprimit, quam loquitur? quamquam pueriliter elegantiam sectati essent in conceptione tituli, quem præcipue, ut dixi, simplicem et expositum esse conveniebat. Denique hac oratione, *De rebus creditis si certum petetur*, si hæc verba conjungi, et in his unum contextum esse placet, Latinis non aliud significatur, nisi hic agi de rebus creditis, seu de contractibus, sub conditione si certum petatur, id est, aut hac conditione si contractus certi sunt, aut hac conditione si de certi condictione agatur. Quorum neutrum isti sentiunt: volunt enim in titulo proxime sequenti agi de condictione certi, non de contractibus. Et certe in eo non agitur de contractibus omnino, sive certi sint, sive incerti; qua-

cunque tandem conditione de his agi dixerimus. Agitur de contractu mutui, sed de hoc uno. Agitur etiam de certi condictione, et hæc quidem ex contractibus omnibus certis competit. Sed non ideo de contractibus agi dixeris, quia condictio non est contractus, etsi ex his nascitur. Alioqui dicendum erit etiam hic agi de furto, de damno dato, vi bonorum raptorum, denique de maleficiis, et quasi contractibus, quia et condictio certi ex his caussis competit: ut jam titulus inscribendus sit non de rebus creditis, sed et maleficiis, quasi maleficiis, et quasi contractibus. Dicendum etiam in uno hoc titulo esse partem tertiam de contractibus. Quare quominus in hac inscriptione conjungi debeant duo hæc membra, *De rebus creditis, si certum petetur*, ut significetur, si certum petetur de rebus creditis, ratio recti sermonis nullo modo patitur.

Quod ut pateretur: tamen quod secundo loco de hac conjunctione posui, non
15 † debuerunt conjungi hæc membra, quæ maxime disjuncta esse constaret. At quibus rebus id constat? maxime apertis, atque adeo in medio positis, nempe his, quæ ante dixi. Primum quod Justinianus partem hanc totam nominat *De rebus creditis.* Quod huic parti convenire non potest, si ex hac inscriptione ita nominatur; inscriptionem autem sic accipimus, quasi scriptum esset uno contextu: Si certum petetur de rebus creditis, significeturque his verbis certi condictio, ut accipi volunt. Fingamus enim inscriptionem ita potius conceptam esse. De certi condictione. An quisquam erit tam imperitus, ut putet ex eo titulo partem tertiam de certi condictione nominari posse, cum ex innumeris prope titulis qui sunt in hac parte, nulli sint de certi condictione præter unum primum? Linquet id etiam ex eo, quod in *L. 1. infr. eod.* scriptum est, hunc titulum *De rebus creditis* generalem esse, et contractus omnes continere. Etsi enim Ulpiani definitio est ad edictum prætoris scripta: tamen in hunc locum translata cum sit a Justiniano, ex persona ejus et instituto sic accipiendam esse docuimus: ut ad hunc titulum, qui in Pandectis præcedit, debeat referri. Et quomodo hic titulus generalis est, et omnes contractus continet, si hæc verba, *De rebus creditis si certum petetur*, unum membrum efficiunt, et significant, De certi condictione? Nam hoc modo fit titulus specialis, ut qui sit de hac solum actione: condictio autem quæ hoc titulo proponitur, tantum abest, ut contractus omnes contineat, ut ne ipsa quidem sit contractus. Sed hæc mitto, de quibus satis a me antea dictum est, ac volo etiam esse incertiora. At illud incertum aut obscurum esse non potest, quod de his membris exstat in principio libri quarti Codicis, quodque legentibus statim occurrit, duos nimirum illic esse titulos, primum et secundum, quibus hæc membra aperte ex professo distinguuntur. Primus enim est in hæc verba, *De rebus creditis et jurejurando*: Secundus in hæc, *Si certum petetur*, Fieri potest, ut unus titulus sit de diversis rebus: illud non potest, ut unius ejusdemque rei seu membri duo tituli sint diversi, ambo eidem rei convenientes; sed separati singuli suam propriam significationem habebunt diversam ab eo, qui conjunctus rem unam demonstrabat, ut in hoc titulo facile potest animadverti. Conjungamus enim hæc membra; *De rebus creditis si certum petetur*: ut sit sensus, *Si certum petetur de rebus creditis*; hoc titulo nihil proponitur de rebus creditis, seu de contractibus, sed solum de certi condictione, quæ ex rebus creditis nascitur. Hæc eadem si separes, ac seorsim singula proponas, utroque contraria sententia exprimetur. Illo enim titulo *De rebus creditis*, intelligetur proponi de rebus creditis, nihil de condictione: illo autem altero, *Si certum petetur*, proponetur quidem de certi condictione, sed non de ea quæ competat tantum ex rebus creditis, sed generaliter de condictione, quæ competat ex omni caussa, ex qua certum petitur. An dicemus separari ista membra in Codice, sed conjunctim accipienda esse in Pandectis? Ferri hoc posset, si altero in loco aut diversa verba essent, aut diversi auctores, qui his essent usi aut argumentum materiæ subjectæ non idem propositum. Nunc eum utrobique eadem verba sint, utrobique auctores iidem, res subjecta ad quam tituli accommodati sunt, eadem: dici non potest in iisdem verbis non eandem esse verborum significationem, nisi auctores aliud sensisse liquido probetur: quod tamen si fieret, nihil aliud probaretur, quam eos illudere voluisse lectoribus, aut a se ipsis turpiter dissentiendo imperitos homines et ineptos fuisse. Non est igitur sine dubio una hic oratio duobus membris constans, *De rebus creditis si certum petetur*, sed duo sunt membra separata, distincta ab inscriptionis hujus auctoribus ut verbis, sic rebus et significatione diver-

sa: unum *De rebus creditis*, alterum *Si certum petetur*. Placet tamen concedi hæc omnia, et juncta hæc membra admittere posse eam sententiam, quam dixi, salva ratione recti sermonis, et juris auctoritatem aperte non refragari, quominus in hoc argumento conjungantur. Quid ex his inde efficitur, quod in majorem reprehensionem non incurrat, quam si admisissent titulum esse generalem?

16 Esto enim efficiatur ista conjunctione † titulum specialem esse, non totius partis communem: at certe hoc quoque suscipere cogentur, specialem istum titulum subiecto argumento multo minus convenire, quam si esset generalis. Erit enim hæc sententia verborum conjunctorum, agi hic quid sit juris, si certum petetur de rebus creditis, seu agi de certi condictione non ex omnibus caussis, sed ex rebus creditis, idest, ex contractibus. Hoc vero si toti parti non convenit, multo certe minus convenit speciali titulo sequenti: quoniam in eo agitur in universum de certi condictione: non tantum quæ competat ex contractibus, sed etiam ex omni alia caussa et obligatione, ex qua certum petitur. *L. certi*, *infr. eod.* Dicunt et se hoc ipsum intelligere: volunt enim his rubricæ verbis promitti generalem actionem, quæ certi condictio dicitur. At quibus ex verbis hoc colligunt? Non enim simpliciter dictum est, *Si certum petetur*, sed adjicitur, *de rebus creditis*. Id se sumere ajunt ex hac ipsa adjectione, de rebus creditis: quippe, inquiunt, hæc verba omnes contractus complectuntur, quos alienam fidem secuti instituimus: porriguntur etiam ad quasi contractus et maleficia: et ne quis hoc posterius negaret, adjiciunt: Nam omnis obligatio contractus est. Quis hæc hominem in jure versatum atque adeo in Ulpiani interpretatione, quæ de his verbis est, versantem scribere crederet? Scripta sunt tamen ab illis totidem verbis. Quæ res una maxime declarat ut cætera taceam, qualis sit ista sententia, quæ nisi tam manifeste falsis defendi non potuit. Faciamus inscriptionem esse, si certum petetur de contractibus.

17 Attamen notissima est † divisio obligationum et vetus, eas aut ex contractu nasci, aut ex maleficio, ex quasi contractu, aut quasi maleficio. §. 1. *Inst. de obl. L.* 1. *infr. de ob. et act.* Ex qua apparet, cum de generibus obligationum et actionum in personam quæ ex his nascuntur, agitur, ut fit in hac compositione Pandectarum, sic ista distingui in usu juris, ut neque quasi contractus, neque maleficium sit contractus, sed toto genere hæc distent inter se. Vetus quoque illud est Pedii probatum ab Ulpiano in *L.* 1. §. 1. *supra de pact.* nullum esse contractum, qui non habeat in se conventionem. Nullus autem quasi contractus conventionem in se habet, multoque minus maleficia? quibus nemo læditur nisi ignorans, aut invitus. Et quanvis propter similitudinem cum his negotiis, quæ consensu geruntur, interdum quasi contractus verbo contractus appelletur, ut tutela, et negotiorum administratio: *L. ex contractibus*, *infr. de obl. et act. L. sed et cum supra de neg. gest.* nusquam tamen, quod sciam, lectum est in libris nostris maleficia a veteribus dici contractus. Dixit quidem Papinianus delicta sponte vel ignorantia contrahi in *L.* 1. *supra de legib.* sed pro *admitti* et *perpetrari*, non autem hoc sensu, quo dicitur res inter aliquos contrahi: neque enim delictum contrahitur inter aliquos, ut significetur is qui delinquit, et is qui maleficio læditur: sed delinquitur ab uno adversus alterum interdum ignorantem, sæpe scientem quidem sed repugnantem. Itaque etiam illud maxime falsum est, omnem obligationem esse contractum, etiam si obligationis verbo intellixerimus factum, quo quis alteri obligetur.

Conjicere tamen licet sumptum hoc illis, et in hunc locum detortum ex *L. omnem*, *supra de jud.* ubi exstat hæc Pauli definitio: *omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est: ut ubicunque aliquis obligetur, et contrahi videatur: quanvis non ex crediti caussa debeatur.* Sed longe aliud † est omnem obligationem contractum esse, aliud pro contractu haberi. 18 Imo vero hoc ipso, quod dicitur haberi pro contractu declaratur non omnem esse contractum: neque enim qui vere contractus est, dicitur pro contractu haberi, sed esse. Et quidem pro contractu haberi est, loco et vice contractus haberi, seu ita haberi, quasi contractus esset: quod qui dicit, re vera contractum non esse significat. Ut cum dicimus deportatos pro mortuis seu mortuorum loco habendos *L.* 1. §. *pen. infr. de bon. pos. con. tab.* hoc significamus vere non esse mortuos, etsi effectu pro talibus habeantur. Quid, quod ne illud quidem generaliter et absolute verum est, omnem obligationem pro contractu esse habendam? Alioqui cum contractus actiones pariant quæ perpetuæ sint, heredibus et in heredes dentur: dicendum fuerit

rit maleficia hactenus quoque pro contractu habenda, ut venientes ex his actiones similiter perpetuo dentur, et dentur ut heredibus, sic in heredes. Quod falsum esse certi juris est ex *Institution. de per. et temp. act.* Neque superior definitio refragatur. Cavendum est enim diligenter ne sic accipiatur, quasi Paulus in universum definiat omnem obligationem ubique habendam pro contractu: sed ita accipienda est, ut intelligatur dicere habendam esse in ea caussa, de qua tractabat: agebat autem de ea parte juris, seu edicti, qua cautum erat unumquemque conveniri posse eo loco, in quo contraxit, vel in quo contractum est: ubi hoc quærebatur, contractum quomodo acciperemus. *L. heres, præcedenti, §. pen. et ultim. supr. de jud. L. 1. 2. et. 3. infr. de reb. auct. jud. poss.* Hunc locum interpretans hoc sensit, in hac caussa omne factum quo obligamur, pro contractu habendum esse, ut ubicunque quis quid fecit ejusmodi, *ibi* possit conveniri, cogaturque se ibi defendere. Recte in hac caussa, non etiam in aliis, in quibus non eadem maleficiorum et contractuum ratio est. Cur ergo in hac re potius? Non utique ex verbis: quasi etiam maleficia sint contractus, sed ex edicti sententia, quæ postulat, ut quibus in caussis eadem aut major æquitatis ratio est, in his idem jus statuatur. *L. non possunt, L. nam ait, supr. de legib. L. illud, supr. ad leg. Aquil.* Nihil autem caussæ est, cur si quis qui alicubi contraxit, possit ibi propter factum suum, non propter adversarii consensum conveniri, quanvis in eo nihil deliquerit; non possit et ibi conveniri, qui negotia ibi administravit, unde similiter obligatio nasceretur: multoque magis idem statuendum est adversus eum, qui ad obligationem delictum adjecerit. Atque hæc ita sunt, etsi ita titulus esset conceptus, *De contractibus si certum petetur.* Nunc autem titulus est, non de contractibus, sed de rebus creditis.

19 His vero † verbis maleficia aut quasi contractus significari non possunt, ut maxime contractus verbo generali continerentur. Credere enim est, fidem habere alteri in eo, in quo ille prius fidem dederit, idest, dixerit, promiseritve aliquid se daturum, facturum: quod non fit nisi inter consentientes. Nullus autem consensus aut conventio in quasi contractibus cum ignorante: nullus consensus inviti in maleficiis. Quæcunque igitur ex his obligatio est, ea ex re credita esse non potest. Et quid opus est verbis, cum sententiam Ulpiani de his verbis diserte comprehensam habeamus in *L. 1. infr. eod.* quem locum omnes, qui de hoc titulo tractant, habent, aut habere debent in manibus? *Credendi*, inquit, *generalis appellatio est, omnesque contractus complectitur*: sed addidit ex significatione verbi nota, *omnes contractus, quos alienam fidem secuti instituimus.* Non ergo profecto hæc verba, *De rebus creditis*, complectuntur etiam quasi contractus et maleficia, quæ nullo modo instituimus cum alio ejus fidem secuti: et quanvis omnis obligatio esset contractus, non tamen omnis est res credita, seu creditum: de quo verbo nunc quæritur. Quare si tam multa peccata suscipienda sunt ei, qui hæc verba, *De rebus creditis si certum petetur*, uno contextu conjuncta esse dicat, ut his significetur hic agi de certi condictione ex rebus omnibus: nequaquam profecto istam conjunctionem admittere debemus: præstabatque multo specialem hunc titulum esse defendentibus in simplici errore manere, ut tria in hac inscriptione membra agnoscentes, nihilominus unum hic titulum, ac proinde specialem esse dicerent; quam istam conjunctionem accersendo tam multiplici errore se involvere, in quo præter alia et ratione ac consuetudine loquendi, et juris certa auctoritate, manifesta significatione verborum refellerentur. Res igitur sic habet. Tria sunt in hac inscriptione membra inter se distincta; primum, *De rebus creditis*; secundum, *Si certum petetur*; tertium, *De condictione.* Ex quibus cum primum illud speciali titulo sequenti convenire non possit, necesse est ad totam partem tertiam, nisi quid impediat, referatur. Cum autem significatio verborum et argumenti convenientia id flagitet, Justinianus prætorem secutus hoc nomen ipsi parti toti imposuerit, Ulpianus et sub hujus persona Justinianus hunc generalem et ad contractus omnes pertinentem esse testetur: nihil dubii esse potest, quin sit re vera generalis et totius partis titulus, distinctus a sequentibus membris duobus, in quibus titulus specialis sequens contineri intelligitur. His tot concurrentibus rebus quam multas supra ostendi, quæ hanc sententiam certam, ac tantum non exploratam faciant: magnam aliquam et evidentem rationem esse oportebat, quæ istos hanc sententiam mutare cogeret, atque ita cogeret, ut dum eam vitarent, non dubitarent non modo superiora nihili facere, sed etiam accersere sibi miseram illam conjunctionem duorum membrorum de qua di-

xi:

xi: quæ suscepta in tam multas, tamque manifestas reprehensiones eos conjiceret. Quæ sunt ergo istæ tam graves et evidentes caussæ ab hac sententia, et omnium interpretum in hac re consensu discendendi? Et animadverto fere esse quatuor; quæ quales sint, malo ex re ipsa, quam verbis meis æstimari. De quo superest, ut pro instituto breviter dicatur. Quærunt ergo, si secunda, et tertia habent titulum generalem, cur non habeant reliquæ: significantes videlicet reliquas ejusmodi titulum non habere; si non habent, ne has quidem duas habere dicendum esse. Respondeo et prius esse falsum, et quanvis concederetur, tamen posterius perperam colligi, et per se item aperte falsum esse. Habent vero et titulum generalem aliæ partes, quæ quidem hunc potuerunt admittere.

20 Nam et quintam partem † appellat Justinianus *De testamentis*, in *L.* 2. §. *quintus*, *C. de vet. jur. enucl.* idque non minus diserte, nec minus ex professo quam prius secundam dixerat appellari, *De judiciis*, tertiam, *De rebus*. Nihil ad rem pertinet, quod in Pandectis Florentinis cum ad quintam partem ventum est, non est præfixus initio titulus *De testamentis*. Cum enim constet, quod nomen, quemque titulum Justiniani constitutio ei parti in compositione Pandectarum tribuerit: aut hujus tituli omissio in illis Pandectis vitiosa est, quod est verius; aut certe non facit omissio, quominus verum sit Justinianum eam quoque partem communi nomine appellare, *De testamentis*: neque id temere, ne quis forte hanc appellationem rejiciat, sed titulo ei parti ita conveniente, ut nihil potuerit dici convenientius. Est enim revera tota ea pars de testamentis, et supremis voluntatibus. Nam quod isti dicunt constitutionem Justiniani a tertia parte reliquarum partium singulos libros singulares facere: non eget refutatione nostra, cum apertis verbis ipsius constitutionis coarguatur. Nam in *d.* §. *quintus*, hæc verba sunt: *quintus autem exoritur nobis Digestorum articulus, in quem de testamentis et codicillis tam privatorum quam militum omne quidquid antiquis dictum est, inveniat quis dispositum,* QUI DE TESTAMENTIS APPELLATUR. Et hunc articulum paucis verbis interjectis partem quintam nominat. Faciamus tamen non ita esse, et a parte tertia reliquas partes generalem titulum apud Justinianum non habere. An ideo consequens est, istas de quibus quæritur, non habere? Quid enim, an non potuit Justinianus ita rem arbitrii sui instituere, ut quibusdam partibus nomina totius partis communia attribueret; quibusdam non attribueret? Quod si natura potuit et fecit, quid tergiversamur? Atqui hæc illum fecisse certum est. Secundam enim ex professo appellari ait *de judiciis*, tertiam *de rebus*. Esto igitur, non item appellarit cæteras ullo nomine: nullam quoque hujus varietatis rationem habuerit: non propterea minus verum est illum fecisse, quod fecit. Conjecturis locus esse potest in re dubia, ut in suspicionem hujus aut illius rei adducamur. In re certa stulte conjecturas quærimus, ut quod factum esse constat, non esse factum probemus: Constitutio ergo Justiniani aperte ita scripta est, ut constet eum quibusdam partibus generalia nomina et generales titulos imposuisse, quibusdam non imposuisse. Sive recte id factum est, sive secus, nunquam tamen facti reprehensio efficiet, quominus constitutio ita scripta sit, ut diximus.

Verumtamen ne amplius isti † quærant, si secunda et tertia pars habent titulum generalem, cur non habeant reliquæ, et ea re quasi desit hujus facti ratio, scrupulum injiciant lectoribus: en habent rationem in promptu, eam quam jam supra reddidi, judicio meo ita dilucidam et expeditam, ut qui animadvertet, nunquam dubitaturus sit, quin ut hic in partibus designandis variavit Justinianus, ita quoque facere debuerit. Prima, secunda, tertia et quinta pars Digestorum constitutione Justiniani habent unaquæque titulum generalem, reliquæ non habent: scilicet quia illæ ita fuerunt, ut habeant, hæ non ferunt. Quippe illarum singulares tituli propter communionem argumenti et generis, de quo illic tractatur, recipiunt omnes, ut uni nomini, quod tractationi convenit, subjiciantur. Posteriorum tituli propter tractatuum dissimilitudinem et disjunctionem commune nomen non admittunt. Id quod cum ante satis ostenderim, et ex iis, quæ de singulis partibus in constitutione Justiniani scripta sunt, liquido possit constare: non est necesse hoc loco persequi longius. Deinde ut probent titulos hos, *De judiciis*, item *De rebus creditis*, non esse generales, et totius partis secundæ et tertiæ, negant eos pertinere ad omnes libros qui illis partibus continentur. Titulum quidem *De judiciis* specialem esse inde constare ajunt: quia de judiciis et officio judicis in eo tantum titulo tractetur, qui partis secundæ primus est. De titulo autem *de rebus creditis*, qui primus est partis tertiæ, idem dicunt: quia nihil pertineat ad titulum De jurejurando, nihil ad titulum De in litem jurando, nihil ad condictiones indebiti, ob rem dati, sine caus-

caussa: quæ, inquiunt, sunt ex bono et æquo, non ex contractu. Hic ego de titulo *De judiciis* primum respondeo recte illos et vere dicturos fuisse hunc titulum esse specialem, si ut ipsi sibi concedi postulant, judicia illic acciperemus disceptationes legitimas quæ apud judicem de re controversa exercentur: sic enim fieret quod dicunt, ut de his in primo tantum titulo tractaretur, eoque nihil titulus ad sequentes pertineret. Sed faciamus illic verbo judiciorum significari actiones. Hic jam illorum ratio concidet, ac commutata ratione eveniet, ut ipsorum etiam confessione titulus sit generalis, ac totius partis, utpote in qua de actionibus in rem agitur, ad quas generaliter is titulus pertinet. Atqui jam initio planum feci neque instituto Justiniani, neque partitioni initio Pandectarum propositæ, neque subjectæ deinceps illi titulo tractationi convenire posse, ut *de judiciis* illic aliter intelligamus, quam ut sit, *de actionibus*. Generalis igitur titulus ipsorum etiam sententia, et ad omnes libros ejus partis pertinens, non specialis. De titulo *De rebus creditis*, neque illis assentior in eo quod sumunt, non pertinere hunc ad eos speciales quos recensent; neque si hoc verum esset, ideo efficitur hunc titulum non esse generalem, et toti parti non recte tribui.

22 Primum verum non † est, titulum *De rebus creditis*, qui idem est de contractibus nihil pertinere ad jusjurandum, et condictiones. Jurisjurandi quidem de quo hic agitur, finis præcipuus est, ut a lite discedatur. *L. 1. infr. de jurejur.* sed tamen ut hic effectus obtineatur, placet si deferente adversario actor juraverit sibi deberi: jurisjurandi contrahi obligationem inter eum qui detulit, et eum qui juravit. Nam hoc jurejurando teneri eum qui detulit, constat comparata in eam rem adversus eum in factum actione ad similitudinem judicati. *§. item si quis postulante, Inst. de act. L. actori, C. de reb. cred. et jur.* Atque est hæc actio ex conventione ejus qui detulit ea lege, ut a lite discederetur, et ejus qui conditionem accepit. *L. sed etsi servus, L. qui jurasse, seq. §. ult. infr. de jur.* Est igitur obligatio et actio ex contractu: si quidem recte definitur contractus, duorum pluriumve in idem placitum atque conventio, qua alter alteri obligatur, ut docuimus definiri ad *L. 1. infra.* Et cur non admittamus hic obligationem contrahi? Nam et judicio contrahi traditum est, contrahi, inquam, ut stipulatione, idest, proprie, non autem quasi contrahi. *L. 3. §. idem scribit, infra de pec.* et hoc propter consensum, qui inter litigantes in lite contestanda interponitur, ut quod judicatum erit, id sequantur. Cum tamen hic consensus sit coactus, extortus nimirum ab eo, qui litigare cogitur aut rem amittere: quanto magis dicendum est contrahi jurejurando, ubi hoc interposito discenditur a lite spontaneo non coacto consensu, et vis jurisjurandi eadem est, aut major etiam, quam rei judicatæ? *L. post rem, infr. de re jud. L. 2. infr. de jur.* Habet, fateor, jusjurandum et alios effectus complures, ut probationis, solutionis, novationis, litis contestatæ. *L. 5. §. dato, L. qui jurasse, §. ult. et L. seq. infr. de jur.* propter quæ aliis atque aliis argumentis juris varie nec male subjici potest. Sed quid refert, si hunc quoque habet, ut actore conditione delata jurante obligatio contrahatur? 23

Condictio autem indebiti plane † ex contractu est et negotio gesto: quod qui non debitam pecuniam ut debitam solvit, hoc ipso aliquid negotii gerit et contrahit, ac nisi contraheretur, nulla hinc nasceretur obligatio aut actio, auctore Juliano in *L. si in area, infr. de cond. ind.* Et merito, si verum est, quod idem scribit in *L. non omnis, infr. hoc tit.* non omnem numerationem obligare eum qui accepit, sed quoties id ipsum agitur, ut confestim obligaretur. Agitur quidem id tacite, dum qui tanquam debitum solvit, tacite hoc dicit, si debitum non sit, se datum nolle: sed ea res conventionis vim non impedit. Nam et tacite conventiones valent non minus, quam nuncupatæ: *L. 2. L. 4. supr. de pact.* unde et illud, semper in cotrahendo quod agitur, pro cauto habendum. *L. 3. infr. hoc tit.*

Apertius etiam negotium † geritur de pecunia reddenda, cum dedi tibi ob caussam, ut dares aut faceres: hæc enim caussa ac veluti condictio dicta, *ut des aut facias*, contrariam conditionem continet, *ut si non des aut facias, ne ipse quidem datum velim.* L. quibus, §. 2. *in fin. infra de con. et dem.* Hæc pro re brevius, quæ suis locis a me pluribus exposita et confirmata sunt: sed pro instituto nunc sufficient, ut intelligatur titulum hunc etiam ad istas species pertinere, ut si nihil obstet aliud, quominus videatur hic titulus generalis, quam quod dicatur, his rebus non convenire, nihil sit omnino, quod impediat. Sed ne necesse sit in his laborare, sit sane vel hi, vel alii tituli in hac parte, in quibus de obligatione ex contractu descendente non agatur: ut non agi constat sub titulo De condictione furtiva. 24

Non

Non eo tamen minus titulus *De rebus*
25 *creditis* † generalis sit, aut minus recte tota pars ex eo appelletur. Generalem quidem non minus esse constat. Quomodo enim non generalis, qui verbis generalibus propositus *de rebus creditis*, credendi verbo generaliter omnes contractus continet? Nam hac nota Ulpianus generalem definit in *L.* 1. *infr. hoc tit.* Quod si omnes continet, quomodo non contineat eos, qui hic proponuntur, et ad quos generaliter pertinet? Atque ut hoc nomine generalis est: ita non si omnes speciales subjecti non sunt de contractibus, eo minus titulus *De rebus creditis* generaliter toti parti recte tribuitur, ut hoc nomine tota appelletur. Aut enim tituli quamvis de aliis rebus constituti, si seorsim spectentur, tamen vi ipsa ad contractus pertinent, dum per occasionem inferuntur obiter, ut contractuum ratio ex comparatione magis intelligatur: aut si ne hoc quidem est, tamen scimus, cum nomina rebus imponuntur, si nomen per omnia rei convenire non possit, solere rem a potiore, aut præcipua parte nominari. Constat autem in hac parte, etsi obiter alia quædam inserta sunt, tamen præcipue et ex professo agi de contractibus, et quidem ita, ut paucissimis caussis exceptis tota pars in his exponendis versetur. Quapropter pauci illi tituli, qui alienis de rebus videri possunt, appellationem totius partis non infringunt.

26 Quærunt † præterea, si adeo generalis est titulus *De judiciis*, ut diximus, cur non et ei subjecti sint tituli sequentium partium, cum judicii verbo quo quidem actio significetur, omnis actio tam in personam, quam in rem contineatur. Item si adeo generalis est titulus *De rebus creditis*, cur ei etiam subjectus non sit titulus, De pignoribus, de ædilitio edicto, et evictionibus, et usuris? Respondeo id fieri non verborum significatione, sed auctoris instituto, cui visum est hæc ita certis et propriis sive titulis sive appellationibus distinguere. Quod cum fit, evenit hic, quod regula juris traditur, ut ex voluntate loquentis per speciem generi derogetur. *L. in toto jure, infr. de reg. jur.* Habet autem regula hanc sententiam: quoties genere posito aliqua species nominatim ponitur, et de ea proprie constituitur aliquid, toties speciem eximi de genere placet. Exempta facit, ut tanto minus in priore genere relinqui intelligatur. *L. si peculium, in pr. infr. de manumiss. test.* Qua ratione recte ita dicemus: Titulus *De judiciis* generalis est, et ita generalis, ut significatione verbi æque contineat in personam et in rem actiones. Sed tamen dicimus eo contineri tantum secundam partem, in qua de actionibus in rem solum agitur: scilicet, quia cum ad actiones in personam ventum est, huic generi tractando propriæ partes et proprii tractatus attribuuntur, qui et designantur suis quique appellationibus. Hoc modo eximitur species de priore genere, qua exempla necesse est in appellatione generali priore id solum manere, quod exemptum non fuit, idest, actiones in rem: sed hoc, inquam, quia auctori ita visum est; non quia verbi significatio alias quoque species non admittat. Interim is titulus et verbi significatione, et auctoris instituto hactenus saltem generalis manet, ut utraque re ad totam partem secundam pertineat. Similiter et titulus *De rebus creditis* generalis est, complectiturque, ut est verborum significatio, contractus omnes non tantum qui exponuntur in parte tertia, sed etiam reliquos, et præterea tractatus omnes sequentes, qui ad contractus pertinent. Sed visum est Justiniano separatis tractatibus, et quidem in parte quarta agere de pignoribus, de ædilitio edicto, de evictionibus, de usuris. Fecit ea distributione, ut non amplius hæ species subjicerentur priori titulo *De rebus creditis*, quem titulum parti tertiæ imposuit: non tamen quia non continerentur significatione verbi, sed quia voluntate et tractatione ejus essent exemptæ et detractæ generi priori. Quo factum est, ut generalis quidem esset nunc quoque is titulus, sed ita; ut ad species tertiæ parti subjectas tantum pertineret. Licet hoc et in titulo *De actionibus empti* facile animadvertere. Is titulus plurali et generali verbo propositus haud dubie generalis est, saltem hactenus, ut pertineat ad omnem caussam, ob quam judicio empti et venditi agitur. Itaque ut judicio empti ob evictionem, et ad redhibendum agi potest, *L. ex empto, in pr. et* §. 1. *infr. de act. em.* sic actio de evictione et redhibitione verbis ejus tituli continetur. Videmus tamen in parte quarta propriis et longe dissitis titulis de utroque actum esse: quos tractatus perspicuum est titulo *De actionibus empti* non contineri. An quod non sint species ad id judicium pertinentes? Imo ideo, quia cum Justinianus de his specialiter tractare constituisset, eas species ex illo genere exemit. Num ergo quia sunt exemptæ, ideo quisquam colligit titulum *De actionibus empti* ad reliquas caussas quæ judicio empti continentur, generaliter non pertinere? Imo ideo generaliter

ter pertinebit, ut prius: quia quæ caussæ detractæ non sunt, eas necesse est generi relinqui. Summa est: Non si generali alicui titulo species aliquæ exemptæ sunt pro arbitrio et consilio scriptoris, ideo titulus generalis esse desinit, quin saltem ad eas species semper pertineat, quæ ei relinquuntur. Titulo *De judiciis*, seu parti quæ hoc titulo inscribitur, eximuntur res creditæ, et in universum in personam actiones: at non etiam actiones in rem. Ut igitur actiones in personam amplius ei subjectæ non sint: at certe relinquuntur posteriores, quæ ut vi et significatione verbi eo continentur: ita necesse est et ei subjici scriptoris instituto a quo non sunt detractæ. Idem dicendum est de titulo *De rebus creditis.* Detrahuntur huic titulo, seu ei parti, quæ hoc nomine appellatur, singulares illi tituli, quos diximus, re, pignoribus, de ædilitio edicto, et sequentes aliquot, qui in quartam partem rejiciuntur. At relinquuntur ii omnes, qui sub parte tertia, et sub eo titulo proponuntur de contractibus. Quare ad eos quoque generaliter, ut prius pertineat, necesse est. Nec quia non omnes species ei subjiciuntur, ideo generale nomen repudiandum est. Cum enim genere posito species aliquæ a genere distinguuntur, fit, ut generis nomen quod prius fuerat, ad speciem contrariam contrahatur: idque in jure maxime usitatum est, ut in adoptionis, cognatorum, et actionis verbis intelligitur: quæ generalia cum sint, tamen cum adoptioni arrogatio, cognatis agnati, actioni petitio subjicitur, speciei contrariæ nomen obtinere incipiunt: nec aliter juris auctores loquuntur. Quod ad tractatus propositos attinet, distinguendi species posteriores a prioribus generibus, et proprias partes, proprios tractatus, propriaque nomina his attribuendi ratio hæc fuit, ut species quæ notabilem et singularem habent tractatum, melius notarentur, ac notatæ facilius possent intelligi. Hoc enim ita fit, si ea confusione generis exemptæ tractentur separatim, et suis quæque titulis aut nominibus designatæ, velut in illustri aliquo loco conspiciendæ proponantur. Hucque pertinet sententia Labeonis, quæ refertur in *L. item apud*, §. *ait prætor*, *ne quid. infr. de inju.* ea quæ notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videri quasi neglecta. Quæ cum ita sint: quid est in his, quæso, quod nos a rebus tam certis, et manifestis abducere debuerit?

27 Restat † tamen scriptura Florentina, qua una moveri videtur Antonius Augustinus, ut in utraque inscriptione partis secundæ et tertiæ unum titulum specialem agnoscat. Quippe in Pandectis Florentinis inscriptio prima partis secundæ tota uno contextu legitur hoc modo, *De judiciis; et ubi quisque agere, vel conveniri debeat.* Sic et prima inscriptio partis tertiæ proponitur uno contextu his verbis, *De rebus creditis, si certum petetur, et de condictione.* Et quod ad dubitationem facit, utrique inscriptioni intelligi debet subjecta esse hæc verba, *Titulus primus*: etsi enim in illis Pandectis non exprimuntur, satis tamen significantur ex titulo sequenti, cum in utraque parte is titulus dicitur titulus secundus. Ad hanc scripturam ille nos revocat, ut quia unus utrobique contextus est, unum quoque utrobique titulum esse vult, non ut Haloander ex Norico codice restituit, duos. Cum autem titulus uterque totus generalis esse non possit, et totius partis: hinc facile colligere possumus hoc eum sentire, utrumque titulum totum esse specialem. De quo breviter hoc responsum volo: Si Antonius Augustinus potiorem habuisset rei, quam verborum aut scripturæ nescio cujus rationem, nunquam commisisset, ut in re manifesta reprehenderet Noricus libros, aut Holoandrum, qui ex eorum librorum fide eas inscriptiones distinxit; sed hos secutus collaudasset potius, et si potuisset fieri, scripturam Florentinam ad hanc sententiam cum omnibus aliis interpretibus ita accipiendam esse docuisset. Nunc autem fecit præpostere, et valde indignum Jurisconsulto, qui non dico verbis, quæ in Noricis et Florentinis libris eadem sunt, sed apiculis vel potius apiculorum omissioni plus tribuerit, quam certæ significationi verborum, et manifestæ Justiniani voluntati: denique quam certæ rei, quæ efficeret hos titulos *De judiciis*, et *De rebus creditis* in his inscriptionibus esse generales, et totius partis subjectæ. Manifestam hanc esse sententiam tituli *De rebus creditis*, ut hunc tantum exempli gratia nunc attingam, dicent omnes, qui tria illa, quæ supra posui, meminerint: primum Justinianum tribuisse hunc titulum toti parti, non uni alicui speciali tractatui. Deinde in *L. 1. infra* ex professo scriptum esse, hunc titulum esse generalem, et contractus complecti omnes: quæ interpretatio non potuit, nisi ad titulum hic propositum a compositoribus referri. Postremo qui meminerint, quod diligenter et perpetuo meminisse oportet, hæc verba *De rebus creditis* non posse connecti cum his, *si certum petetur*, ut ex omnibus

bus conjunctis efficiatur unum membrum: separata autem illa ac per se posita non posse efficere titulum specialem, qui proximo tractatui conveniat; cum titulus *De rebus creditis* idem valeat, atque *de contractibus*, quem posteriorem totius partis titulum esse constat, ad specialem autem tractatum sequentem pertinere non posse. Hæc, inquam, qui meminerit, non dubitabit certam esse hanc significationem hujus tituli, ut sit generalis, totius itidem partis; proinde distinctus ab eo qui sequitur in eadem inscriptione, estque omnium consensu specialis. Quo animadverso et bene constituto si scriptura Florentina dissidere videretur, erat officium boni et veri interpretis, vitium scripturæ agnoscere, et ex aliis exemplaribus, atque adeo sine aliis exemplaribus ex aliis certis locis juris emendare potius, quam ex vitio scripturæ manifesto certam rem et sententiam evertere conari. Sed ut intelligatur nihil hic ista emendatione opus esse, quoque magis liceat agnoscere in hac re vitiosam religionem Augustini: videamus, quid illum coegerit tandem inscriptiones istas Florentinas aliter accipere, quam ut in his duo tituli essent, unus generalis, alter specialis. Nihil hic idoneum reperiemus. Quid enim prohibet, quominus in initio cujusque partis secundæ et tertiæ duo sint tituli continenter, atque adeo conjuncta scriptura positi? quia ambo pariter pertinerent ad sequentia; singuli tamen per se suam vim et suam significationem retinerent; verbum autem tituli primi, quod intellectum pro subjecto accipitur, ad proximum tantum specialem referretur? Omnino vero sic recte accipi potest inscriptio partis secundæ, quasi ita scriptum esset: *Sequitur De judiciis pars secunda: et Ubi quisque agere vel conveniri debeat*, titulus primus hujus partis: ut titulus primus referatur ad proximum ex his titulum, non ad titulum, *De judiciis*. Eadem ratio est inscriptionis partis hujus tertiæ. Nam et hæc sic recte potest accipi: *Sequitur De rebus creditis, pars tertia Digestorum. Si certum petetur, et de condictione*, titulus primus hujus partis: ut et hic tituli primi nomen ad proximum specialem referatur. Hæc ita accipi debere concedent omnes, si ista ita distincta essent, ut post titulum *De judiciis*, et titulum *De rebus creditis*, intervallum aliquod, aut punctum intercederet, quo distinctio titulorum sequentium notaretur. Nunc hæc in Pandectis Florentinis omissa sunt, et membra superiora continenter et sine intervallis sunt proposita nempe hæc judicio lectoris relicta sunt. In quo si nullam distinctionem titulorum agnoscimus, cum esse debeat; aut pro puncto periodico incisum inducimus: hoc jam non scripturæ, sed nostrum vitium est, qui non noverimus titulum generalem a speciali in his inscriptionibus distinguere, ut huic deinde differentiæ convenientem interpunctionem, et scripturæ distinctionem adhibeamus. At enim potest utraque inscriptio ut in Pandectis Florentinis scripta est, ita accipi, ut tota sit unus titulus, et verbum tituli intellectum ad totam inscriptionem præcedentem referatur. Fateor: Sed hoc concesso nihil aliud efficitur, nisi scripturam esse ambiguam, quæ in hanc aut illam partem trahi possit. Quid autem in scripto ambiguo faciendum videtur? quod nos certa juris præcepta in hac re sequi jubent: nempe quod rei gerendæ et tractandæ est aptius. *L. quoties idem, infr. de reg. jur.* in primis autem quod vitio caret. *L. in ambigua, supr. de legib.* sed omnium maxime quod apparet voluisse eum, qui loquitur. *L.* 3. *infr. de reb. dub.* Quæ omnia in hanc rem concurrunt, ut titulum *De rebus creditis* generalem esse accipiamus. Nam primum tractationi de contractibus subiectæ titulus convenit, ut qui significet et ipse de contractibus. Tum aliter interpretantibus incidit interpretatio in multa vitia et in ea manifesta, ut ostendi. Postremo certum est Justinianum ita hunc titulum usurpasse, ut totius partis esse vellet, quippe qui diserte totam partem hoc nomine appellarit. Quæ cum in oratione ambigua animadversa, aut certe servata non sint ab Augustino: apparet eum dum quidquid in Pandectis Florentinis objicitur nimia religione eorum librorum amplectitur, corticem tantum scripturæ inspexisse, rem ipsam quæ inerat, religione tactum secure neglexisse. Sic enim malo dicere, quam doctorum virum non percepisse, quod quærenti non esset obscurum, quodque etiam illi facile futurum fuisse arbitror, si attendere ad rem paulo diligentius voluisset. His expositis, si intelligimus hos titulos *De judiciis*, et *De rebus creditis*, re ac mente auctorum nisi generales esse non posse, cur autem id negetur, nullam omnino caussam esse: ratum hoc esse debet, quod diximus, et ad inscriptionis propositæ explicationem doceri necesse fuit, duos inesse in iscriptione hac titulos, generalem et totius partis illum, *De rebus creditis*; et specialem qui sequitur, *Si certum petetur, et de condictione.* Quos si spatiis

distingui placet, ut in Noricis libris, bene est: tanto certius distinctio, quæ in re est, intelligetur. Sin retinetur scriptura Florentina, ne hoc quidem incommodum est, et ferri potest sine vitio: dum tamen admoneamur in harum partium inscriptionibus, secundam partem dico, et hanc tertiam, debere secundum supra scriptam istam distinctionem duorum titulorum intelligi, ut tituli *De judiciis*, et *De rebus creditis* generales sint: quæ autem membra attexuntur, tituli sint speciales, tum deinde verbum tituli primi, si quod subjectum intelligi placet, sic exaudiatur, ut ad hos solos proximos et speciales pertineat secundum ea, quæ diximus. Sunt ergo in Pandectis tituli generales, non ad paucos titulos subjectos tantum, sed ad partes etiam ipsas totas pertinentes: ex quo numero est in inscriptione prima partis secundæ titulus *De judiciis*, in hac autem partis tertiæ hic ipse *De rebus creditis*: de quo quærebatur. Atque hæc de priore parte inscriptionis satis.

CAP. II.

TITULUS

SI CERTUM PETETUR ET DE CONDICTIONE

SPECIALIS, ET QUAM SIGNIFICATIONEM HABEAT.

SUMMARIA.

1. Certum *quid, et pro mutuo nusquam usurpatum, minime autem in hoc titulo.*
2. Petetur *hic, non* repetetur, *et quid hoc verbum significet.*
3. *Condictio certi specialis nulla: multoque minus condictio specialis de mutuo his verbis tituli, et* de condictione, *intelligi potest.*
4. *Edictum de certi condictione, quale, et quo initio.*
5. *Edictorum conceptio usitata.*
6. *Edicto de certi condictione, nominatim expressum tantum de mutuo.*
7. *Mutui actio nulla certa, nisi certi condictio ex hoc edicto.*
8. *Edicti prima verba modo condictionem, modo edictum ipsum, modo actionem edicti significant.*
9. *Actio* si certum petetur, *quæ.*
10. *His verbis* Si certum petetur, *hoc titulo significari edictum, cujus initium hoc fuit, et tituli sententia.*
11. *Hæc verba, et* de condictione, *non esse otiosa, et quid in hoc titulo significent.*
12. *Tit.* Si certum petatur. *C. quomodo accipiendus.*

Altera pars inscriptionis est, *Si certum petetur*, et *de condictione*: quem titulum specialem esse et ad proximum tractatum solum referri inter omnes convenit. De significatione ambigitur. Atque hæc ambigendi caussa. Agitur sub hoc titulo non de omni condictione, sed de condictione certi, ut patet ex *L. certi, infra.* Utro ergo ex his membris de hac significari volumus? Si priore: quid significabit posterius *de condictione*, nisi hanc ipsam? Si posteriore: quid significabit prius illud *si certum petetur*? Non est satis: agitur sub eodem titulo et de mutuo, et quidem de hoc proprie et præcipue; ut indicat *L.* 2. et reliqui tituli tractatio. Si hoc caput omissum est, quomodo titulum defendemus? Nam cum titulus omnis ad rem subjectam indicandam comparatus sit, sint autem duo hæc capita tractata sub hoc titulo: non potest titulus non esse vitiosus, nisi utrumque hoc caput complectatur. Sed erit omnium vitiosissimus, si in eo quod omissum reperiatur, de quo maxime hic caveri oportebat. Quod si in eo et de mutuo comprehensum est, ad quod ex his membris id caput referemus? Nihil enim plane utroque membro de eo expressum videtur, Hanc dubitationem intelligens Accursius, eique occurrere volens, idest, hoc ipsum tentans efficere, ut titulus tractationi subjectæ respondeat, sic hæc verba interpretatur: Si certum, idest, mutuum: petetur, idest repetetur: ed de condictione, nempe certi tam generali ex omnibus aliis caussis, quam speciali ex mutuo. Quod ego ut a verbis alienum prope putarem indignum relatu, nisi cum Bartolo alii fere omnes ut certum reciperent, in qui-

quibus est etiam Alciatus hoc loco; et præterea esset aliquid non ita improbabile, quo ea interpretatio defenderetur. Dicunt enim *certi* verbum generale esse, si per se spectetur; sed non esse novum, ut generale quod sit, ex instituto auctoris, et tractatu subjectio ad speciem revocetur, idque hic factum esse: intelligi autem ex eo, quod agatur hic de mutuo et eo solo, non etiam de cæteris contractibus. Confirmatur hæc sententia non parum titulo secundo Libri quarti Codicis. Nam cum sub eo de mutuo solum tractetur, non item de condictione: unus tamen hic titulus est, *Si certum petatur*: ubi nisi *certi* verbum pro mutuo accipitur, nihil reperiunt, quod rei subjectæ conveniat. Sed omnia refragantur, quominus hunc titulum ita accipiamus: in primis quidem verborum significatio; sed non minus, atque haud scio, an etiam magis certa juris auctoritas de eorum verborum definitione.

Nam quod ad verbum *certi* attinet, quis
1 unquam veterum ita † certum usurpavit, ut eo solo posito mutuum significaretur? Scimus quid certum significet Latinis. Nomen hoc est non substantiæ, sed qualitatis, quod dubio et incerto opponitur: significatque in rerum demonstratione, quidquid ita demonstratur, ut quid, quale, quantumve sit appareat. Non est hoc mutui proprium, sed ad omnes res, omnesque contractus, in quibus eadem definitio sit, pertinet. Mutuum quidem certum: sed non minus et res aliæ in aliis contractibus, ut centum aurei stipulatione promissi, ut fundus Tusculanus, ut pretium in emptione. Quæ res facit, ut verbum hoc in mutuo proprie poni nec possit, nec debeat. Quid veteres, et maxime auctores juris, quomodo hoc verbo utantur? Declarant eorum certæ de eo verbo in jure definitiones. Stipulatio certa esse dicitur, in quam certum deductum est, certum hic illi definiunt, non utique mutuum, sed quod supra diximus, idest, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumve sit. *L. stipulationum quædam, et L. ubi seq. infr. de verb. obl.* Proposita est certi condictio ex hac caussa, si certum petatur. Quid hic certum illis significet, apparet cum dicunt hanc competere non ex mutui tantum caussa, quasi certum in usu juris significaret mutuum; sed ex omni caussa, omnique obligatione, ex qua certum petitur. *L. certi infr.* At enim hic restringitur certi significatio, inquiunt, et quod per se alias generale est verbum, hoc loco pro specie mutui usurpatur. Ne hoc quidem verum est. Reclamat hic quoque Pauli definitio tradita in *L. certum, infr. eod.* Sumptus est is locus ex libro Pauli ad edictum vicesimo octavo. In eo egit de mutuo, ut indicat *L.* 2. ejusque legis inscriptio *infr. eod.* Et tamen eo ipso loco, ubi maxime conveniebat de mutuo agentem *certi* verbum de mutuo interpretari, aut certe monere ita aliquando accipi, si quidem is unquam usus esset verbi apud juris auctores, certum definit id ipsum, quod diximus, omne cujus species, vel quantitas, quæ in obligatione versatur, vel nomine suo, vel qua alia demonstratione, qualis quantave sit, ostenditur. Continet hæc definitio res omnes certas, non mutuum dumtaxat. Potest enim quantitas etiam ex alio contractu deberi: species autem plane in mutuum non cadit. *L.* 2. §. 1. *infr.* Et hæc quidem, ut dixi, in eo libro, in quo, Paulus de mutuo, et de certi condictione agebat, quibus ipsis de rebus et hic titulus conceptus est. Atque ut de loco Pauli, unde ea definitio sumpta est, affirmare nihil possemus: tamen cum definitio translata sit in hunc titulum: nemo dicet alio referri debere, quam ad verborum tituli explicationem, si modo in titulo id verbum exstaret. Sic et in *L.* 1. interpretatio verborum *crediti et rei*, licet Ulpiani sit titulum edicti perpetui enarrantis: tamen cum sub titulo de rebus creditis, qui hoc loco præpositus est, usurpata sit: omnes admittunt ad hujus ipsius tituli explicationem referri. Et vero sermonis ratio non patitur, ut certi appellatio peculiariter de mutuo usurpetur. Generis enim nomen interdum ad speciem restringi solere scimus: sed tunc solum id fit, cum aut generi subjectæ sunt paucæ species puta duæ, quarum una proprio nomine appellatur, altera non appellatur: Ut necesse sit generis nomen in altera specie relinqui: quod fit in verbo adoptionis, *L.* 1. *supr. de adopt.* cognationis, *L. non facile*, §. 1. *L. Jurisconsultus*, §. 1. *infr. de grad. et aff.* actionis, *L. pecuniæ*, §. *actionis infr. de ver. sig.* et similibus: aut cum propter excellentiam quod generis est nomen, id uni speciei tribuitur, ut cum legem dicimus, quæ maxime lex est, et inter cæteras excellit, nempe legem pop. Romani: constitutiones, quæ maxime tales sunt, nempe constitutiones Principis, cum quidquid constituitur ab his, qui constituendi jus habent, id lex sit, et constitutio. §. *constat*, et §. *sed. et quod*, *Inst. de jur. nat.* Nihil istorum est, propter quod *certi* verbum ad speciem mutui transferatur. Sic enim generale

rale est nomen, ut rerum certarum innumerabiles sint species, non tantum numero, sed genere et ipsæ inter se differentes. Est aliquid certum in contractibus, aliquid in quasi contractibus; est in maleficiis, est et in quasi maleficiis, et singulorum generum species infinitæ. Quam igitur absurdum, cum certum nominaveris, ex illa infinitate et incertitudine rerum, ad quas ex æquo hoc nomen pertineat, tamen in hoc verbo proprie mutuum intelligere? Perinde hoc sit omnino, ut si *animalis* verbo Pamphilum intelligere velimus potius, quam alios homines aut brutum, quia Pamphilus sit animal: *pecudis* verbo ovem potius, quam suem; *quadrupedis* bovem potius, quam equum. Quod attinet ad excellentiam rei significatæ, quid est in mutuo, quod certitudine excellat, quamobrem certi verbo mutuum præcipue notari debeat? Pecunia quæ mutuo datur, certa est. Sed non minus certi decem aurei, qui in stipulatum deducuntur. *L. stipulationum quædam, infr. de verb. obl.* Pretium quoque in emptione semper certum, ut quod et ipsum in pecunia numerata et definita consistat. Cur ergo in eadem certitudine verbum *certi* potius mutuo tribuatur? Plus dico: si placeret quasdam res certas verbo *certi* proprie designari propter excellentiam: non mutuum hoc verbo notari oportuit, sed species, aut eos contractus, in quibus species certa deberetur. Stichus enim, omnisque species certo loco designata, hoc ipso quod species est, semper est certior, quam centum aurei, et quidquid est, quod generaliter promittitur aut debetur, ut in mutuo. Specie enim promissa, certum est, quid præstetur; neque id potest esse nisi unum, quamdiu pro re non præstatur æstimatio. Genere promisso, saltem hoc incertum, quod corpus præstetur: cum sit in potestate promissoris solvere ex omni pecunia ejus generis, quam velit: omninoque ita est, ut genus semper sit incertum, si substantiam et numerum rei præstandæ spectes: tametsi commoditate et utilitate rerum solutarum habeatur certum in his rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant: quod quale sit exposui ad *L. stipulationum quædam, in extrem. infr. de ver. obl.* Non est igitur *certum* in hoc titulo, ac nec potest esse aliud, quam, id quod verbum Latinis significat, et quod significare id definitiones hujus tituli certæ ostendunt, idest, non mutuum, sed omne, cujus species vel quantitas ex ipsa pronuntiatione qualis, quantave sit, ostenditur. Nec sane idoneum est hoc argumentum: quia de mutuo tractatur sub hoc titulo, nec ejus rei significatio in titulo omitti debet, ideo *certum* hic accipiendum esse pro mutuo. Potius enim inverti argumentum debuit, et ex certis ita concludi: certum non significat mutuum: quare his verbis, *si certum petetur*, non significatur, *si petetur mutuum*: et si aliis verbis de mutuo in hoc titulo comprehensum non est, mentio mutui in eo est prætermissa. De significatione tituli *si certum petatur. C.* dicam postea. Hæc de verbo *certi.*

Quod si hic non † significat mutuum, 2 satis et illud sua sponte intelligitur, nec, *petetur*, recte accipi, ut sit, *repetetur* sed omnem petitionem certi hoc verbo exprimi. *De condictione* autem quod interpretatur Accursius, ut sit de condictione certi generali et speciali, facit et hoc non minus præter verba, quam superius, cum generis nomen ad unam speciem et eam certam refert. Fateor agi sub hoc titulo de certi condictione: sed non quid hic tractetur, sed quid verbis tituli significetur, quærimus. Condictionis posse verbum omnem condictionem continet tam incerti, quam certi; et si ex præcedentibus verbum restringi placet, non potest istis de alia condictione accipi, quam de condictione ex mutuo, quod præcessit, si quidem ex ipsorum sententia *certum* valet *mutuum.* Repudiata igitur tota hac interpretatione vulgari, quæ et tota aliena, ac tantum non nugatoria est, videamus, quid de significatione hujus tituli certius dici possit. Et sunt, qui perspicuam hanc et certissimam interpretationem esse non dubitent affirmare, ut his verbis, *si si certum petetur*, polliceatur titulus generalem condictionem certi: his autem posterioribus, *de condictione*, specialem condictionem ex mutuo. Ex quo etiam se assequi putant, ut titulus tractationi quam maxime congruat, ut qui de mutuo, deque certi condictione duobus tractationis subjectæ capitibus complectatur. Et, ut his verbis interdum juris auctores utuntur, prius membrum recipere interpretationem potest, ut *si certum petetur*, idem valeat, quod *de certi condictione.* Nam in *L. 1. infr. de cond. trit.* nominatur actio, quæ appellatur *si certum petetur.* De qua mihi dubium non est, quin sit ea, quæ aperte et significanter dicitur certi condictio, de quo paulo post. Sed nihil minus recipi potest, quam posterioris membri interpretatio: quæ et sententiam per se falsam continet, et si vera esset, tamen nec verbis, nec rei propositæ convenit.

Pri-

3 Primum, verum non † est ullam esse specialem condictionem certi ex mutuo. Ex hoc contractu condictio est; sed condictio certi eadem, quæ ex societate, ex vendito, et aliis caussis omnibus ex quibus certum petitur, competit. De quo quia mihi propositum est dicere ad *L. certi*, *infra*, in eum locum hujus rei discussionem rejiciemus. Verum ut demus esse condictionem specialem ex mutuo: quid minus convenit, quam de ea hunc locum interpretari? Si de verbis quæritur, non inficior interpretationem esse perspicuam, et quidem ejusmodi, quæ se in primis ostendat: sed perspicuitas in eo est, quod plane perspicuum est hanc verbis non congruere. Plus quam enim manifestum est, hæc verba *de condictione* non significare de speciali condictione, multoque minus de speciali ex mutuo. Generis enim nomen est *condictio*, non speciei: et si speciei esset, non ideo tamen intelligeretur de mutuo potius, quam de aliis contractibus huic speciei subjectis. Nec dicent, opinor, ideo se ita interpretari, quia sub hoc titulo agatur de mutuo. Jam enim dixi nos hic non de tractatione subjecta, sed de significatione verborum tituli quærere. Quod si hanc rationem reciperemus, multo sane proclivius fuit ista ratione cum Accursio *certum* interpretari *mutuum*, et *condictionem*, certi condictionem; quoniam de utroque sub hoc titulo agitur: quorum tamen utrumque ridiculum est, quia pariter a verbis aperte alienum, nec dissimile illi, si quis bovem qui in titulo nominaretur, interpretaretur equum, quia de quo sub eo titulo ageretur. Sed tamen demus hoc quoque, his verbis, *de condictione* significari de condictione ex mutuo: ne sic quidem titulus conveniet propositæ tractationi, idque duabus de caussis; et quod pollicetur de eo, de eo quo sub hoc titulo non tractatur: et quia de quo tractatur, id non exprimit. Primum complectitur id, de quo sub hoc titulo nulla est mentio. Legimus enim multa hic ex professo tradita de condictione certi, quæ competit ex omnibus caussis, ex quibus certum petitur, *L. certi*, *tota*, *et deinceps*, *infr.* De condictione ista speciali ex mutuo non modo nihil ex professo; sed ne tenuem quidem significationem usquam legimus. Dum vero idem iste titulus, quod ad rem pertinebat, et indicatum oportuit, omittit. Tractatur enim sub hoc titulo peculiariter de contractu mutui. Quæritur is titulus, qui de hoc quoque complectatur. Id ista interpretatione titulus non assequitur. Neque enim qui pollicetur de actione ex mutuo, idem et de mutuo pollicetur: et generaliter qui pollicetur de actione certa ex aliqua caussa, non ideo de caussa ipsa tractat, aut pollicetur. Alioqui dicendum erit titulo, de actionibus empti, promitti de emptione; titulo si ususfructus petatur, promitti et de usufructu, idemque in similibus titulis dicendum fuerit: quod secus est. Agitur enim separatim et propriis titulis de caussis istarum actionum, ut empione et venditione, usufructu et similibus: post deinde de ipsis actionibus. Et ne longius abierimus: promittitur hoc titulo de certi condictione ex omni caussa omnique obligatione, ex qua certum petitur; neque tamen de caussis ipsis promittitur. Unde nec de his hic agitur, nec quisquam vitiose id fieri existimat. Et merito: etsi enim non est actio, nisi ex caussa aliqua præcedente, non est tamen idem actio, et caussa, ex qua nascitur: tantumque inter ista interest, quantum inter caussam et effectum. Postremo si hæc verba, *si certum petetur*, pollicentur tantum de certi condictione et ea generali, non etiam de speciali ista ex mutuo; hæc autem, *de condictione*, non pollicentur, nisi de hac posteriore: titulus hic *si certum petetur*, in Codice quid significabit? Nempe de certi condictione, nihil de mutuo. Ita titulus ad subjectam tractationem nihil pertinebit, id est, non erit ejus tractationis titulus: quandoquidem evenit contra, ut sub eo de mutuo agatur, nihil de certi condictione. Manifestius est igitur vitium hujus interpretationis, quam ut ea admitti potius, quam superior illa vulgaris debeat. Quæ cum ita sint, sitque hæc omnis difficultas maxime ex eo, quod in hoc titulo etiam mutuo locum dare volumus: quid si potius omissa mutui ratione titulum ita accipiamus, ut ad solam certi condictionem et hujus caussam referatur? Hoc quidem si placeret, expedita ratio fuerit, et quidem ita, non solum ut verba optime conveniant, sed nec in his membris duobus ullum redundet. Sic enim verba commodissime accipi possunt, ut sit sensus: hic tractari, quid sit juris ex hac caussa, *si certum putetur*. Et quoniam jus hoc est condictio quæ proponitur, adjicitur, tractari et de condictione: intellige, hujus caussæ propria, seu quæ ex hac caussa proponitur, idest, de certi condictione. Hoc modo de condictione certi recte exprimitur, de qua agi sub hoc titulo certum est. Nec quia totus titulus ad condictionem hanc unam refertur, ideo

unum

unum membrum idem est cum altero. Prius enim continet, quæ sit actio ex hac caussa, *si certum petetur*: posterius pollicetur de eo, qualis sit hæc actio, et quibus ex caussis competat: quod et re vera sub hoc titulo præstatur in *L certi, tota, et aliis aliquot sequentibus*. Sed hoc modo incidit titulus in id vitium, de quo initio dixi, ut cum de mutuo præcipue agatur sub hoc titulo, nihil tamen titulus de eo polliceatur: quod vitium, ut si quod aliud, si potest, in hoc titulo vitandum est. Quid ergo dicemus? Ego puto recte dici, titulum hunc pariter et de condictione certi, et de mutuo polliceri; et quidem verbis quam maxime significanter contineri utrumque.

4 Sed id ita intelligi potest, si prius † quale fuerit edictum *de certi condictione*, et quam ex eo significationem habeat hæc condictio, *Si certum petetur*, dixero. Quod cum non magis ad significationem hujus tituli cognoscendam, quam ad explicationem totius tractatus subjecti pertineat: res postulat, ut ex hoc ipso loco jam nunc de eo quid nobis videatur, pauca dicamus. Edictum prætoris fuisse de certi condictione, ex eo intelligere possumus: quod Ulpiani tractatio, que exstat sub hoc titulo de certi condictione, tota est ad edictum prætoris: sumpta est enim ex libro Ulpiani vicesimo sexto ad edictum, ut est inscriptio *L. certi infra*. Quod autem ibidem traditur, competere hanc condictionem ex omni caussa, ex qua certum petitur, indicat initium edicti fuisse ab hac conditione, *si certum petetur*, hoc modo: Si CERTUM PETETUR, CONDICTIONEM DABO. Ejusque rei conjecturam facimus cum ex sententia superiorum verborum, tum ex conceptione usitata edictorum. Primum in sententia verborum nihil interest, utrum dicamus condictionem competere ex omni caussa, ex qua certum petetur; an vero competere ex omni caussa, *si certum petetur*, hæc enim demonstratio in futurum collata, ex qua certum petetur, in quod tempus prætores actionis caussam, et promissionem conferre solebant, habet condictionem, *si petetur*, ut illa, Stichum qui meus erit. *L. 6. infr. de legat. 1.*

5 Tum autem mos fere prætorum † perpetuus fuit in actionibus proponendis, statim ordiri edictum a caussa actionis proponendæ, eam autem caussam exprimere sub conditione: ut si quidem illa præcederet, pollicerentur actionem se eo nomine daturos, hoc modo: Si quis jus dicenti non obtemperaverit; *L. 1. supr. si quis jus dic.* Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur; *L. 1. in pr. et §. 1. supr. si quad. paup. fec. dic.* Si mensor falsum modum dixerit; *L. 1. supr. si mens. fal. mo. dix.* Si is cum quo agitur, condictione delata juraverit; *L. 3. infr. de jur.* Si quis omissa caussa testamenti ab intestato possidebit hereditatem; *L. 1. infr. si quis omis. causs. test.* Si familia furtum fecisse dicetur; *L. 1. infr. si fam. fur. fe. dic.* et si qua sunt similia, quæ sunt infinita, et in edictis prætorum passim occurrent. Interdum quidem hoc modo: Quod quis commodasse dicetur; Quod depositum erit, de eo actionem dabo. *L. 1. infr. com. L. 1. infr. depo.* Sed illo modo fere semper: hoc raro: quanquam et hic idem valet: habet enim eandem conditionem, si quid commodatum, si quid depositum esse dicetur. Ex hoc ergo more perpetuo prætorum probandum est fuisse et initium edicti de condictione in hæc verba, *si certum petetur*: quæ et inde, ut omnino credi par est, sumpta in hac inscriptione usurpata videmus. Atque hæc quidem hactenus ad omnem rem certam generaliter pertinent. Sed etsi verum est, prætorem hoc edicto pollicitum esse condictionem certi in universum ex omni caussa, ex qua certum petitur.

Tamen puto sic edictum † fuisse conceptum, ut nominatim et specialiter exprimeret prætor de mutuo; de cæteris caussis non nisi generaliter ediceret se daturum actionem, ut edictum totum ad hunc fere modum conceptum fuerit: *Si certum petetur: sive mutuum id erit, quo nomine agetur, sive quæ alia petendi caussa, de eo condictionem dabo.* Ut putem prætorem nominatim edixisse de mutuo, non etiam de cæteris caussis, adducor partim tractatione subjecta, partim necessitate hujus contractus exprimendi. Tractatio subjecta ita est, ut constet sub hoc titulo *si certum petetur*, agi de mutuo, idque præcipue. Non recte ita agitur, nisi hæc tractatio ad edictum, quod hic explicatur, pertinet. Sic autem pertinet, si et eo edicto de mutuo nominatim fuit comprehensum. Nam si de eo intelligebatur tantum ex appellatione generis, non minus et de cæteris caussis in hujus edicti explicatione agendum fuit, cum certi appellatio generalis non minus ad eas pertineret. Sed movet me in primis necessitas hujus contractus exprimendi: quæ ejusmodi est, ut nisi de eo exprimeretur, nulla omnino futura fuerit certa actio de mutuo, ac ne condictio quidem certi ex hoc edicto. 6

Occur-

7 Occurrit enim ante hoc edictum † nullam fuisse vulgarem et usitatam actionem ex hoc contractu. Argumento est, quod cum ex emptione actionem esse dicamus ex empto, ex societate pro socio, ex tutelæ administratione tutelæ; omninoque ex aliis contractibus certis certæ sint et vulgares actiones, quæ ex contractu nominentur: L. 3. *infr. de præsc. ver.* tamen ex mutuo nullam ejusmodi actionem fuisse legimus: nusquam enim nominatur actio mutui, seu ex mutuo: nam quod alicubi legitur actio pecuniæ creditæ, ut *L. pen. in fi. infr. de inst. act. et L. rescriptum*, §. 1. *infr. de dist. pig.* non actionis nomen exprimitur (id enim constat mutuo olei, vini, frumenti, et similium rerum convenire non posse) sed significatur actio, quæ sit de pecunia credita, seu pecuniæ creditæ nomine. Et vero nullam fuisse ejusmodi, aut nunc esse hinc constat, quod traditur *Inst. quib. mo. re cont. obl.* unam ex mutuo nasci certi condictionem. Atqui hæc primum proposita est hoc edicto: unde, ut edicti hujus propria ex verbis primis edicti appellatur actio, si certum petetur. *L. 1. infr. de cond. trit.* de quo mox plura. Ut plane consequens sit neque hanc actionem ex mutuo, neque aliam ullam certam et vulgarem ante hoc edictum fuisse. Post hoc edictum esse cœpit, sed ut dixi, sola certi condictio ex hoc edicto. At quomodo hæc ipsa de mutuo ex hoc edicto esse potuerit, videamus. Omnino vero esse potuit, si generaliter tantum promitteretur certi condictio ex his caussis, ex quibus certum petitur, sed promitteretur generaliter ex omnibus caussis, *si certum petetur.* Etsi enim ex iis caussis, ex quibus jure civili agi et peti quid potest, est mutuum: utpote in quo, si nihil aliud, aut certe non sit nuda conventio, sed primus dem ea conventione, ut reddas; *L. jurisgentium, in pr. supr. de pact.* tamen hæc conditio, *si certum petetur*, edicto addita mutuum excluderet, si ante nulla esset certa et vulgaris actio ex eo contractu. Hac enim de caussa eveniret, ut cessante vulgari et usitato nomine actionis, sola hic competeret actio præscriptis verbis. *L. 1. et 2. infr. de præsc. verb.* Hæc certum non petit, cum ex ea agatur in id quod interest, etiam cum do, ut des. *L. naturalis*, §. *si quidem*, *infr. de præscr. verb.* id autem quod interest, incertum. *L. si pœnam*, *infr. de verb. obl.* Quapropter si vellet prætor etiam de mutuo condictionem certi introducere, quod illum voluisse ex ipsa actione quæ nunc est, intelligimus: necesse habuit et de mutuo exprimere, ut significaret, etsi ex eo ante non ageretur certi, seu non peteretur certum, se quoque id complecti, et de eo condictionem hanc dare. De cæteris caussis exprimere non fuit necesse, cum hæ satis verbis conditionis continerentur: quippe quæ certas et vulgares actiones haberent, ex quibus et certum peti poterat, si certum in obligationem venisset. Qua ex re rursum adducor, ut existimem hoc edictum potissimum mutui caussa comparatum esse; et vero in hoc solo contractu fuisse necessarium: sed accidisse hic prætori, quod et in aliis caussis usu illi venisse constat, ut cum ex una caussa, ex qua esset necesse, vellet introducere certi condictionem, occasione hinc nata progressus sit longius, et de genere toto certi edixerit, ut de his caussis polliceretur hanc actionem, etiam in quibus necesse non erat, sed tantum utile: de quo amplius ad *d. L. certi*, *infr.* De stipulatione quidem certa fuisse necessariam certi condictionem non minus, quam de mutuo, declarat quod et de hoc genere non alia actio prodita est, quam hæc ipsa certi condictio. *Inst. de verb. obl. in pr.* Sed verisimile est ideo prætorem de stipulatione hoc edicto nominatim non cavisse: quia de eo proprio edicto separatim edicendum putarit. Ei enim qui de stipulatione edicere vellet, eodem edicto et de stipulatione incerta cavendum fuit: quod nisi proprio edicto non potuit præstari, cum ex incerta stipulatione non possit esse certi condictio, sed sit incerti ex stipulatu. *d. tit. de verb. obl.* Id autem huic edicto non convenit. Atque id edictum accipi volo, cum scripsi ad *L. stipulationum*, 74. *num.* 2. edicto comprehensum nominatim de mutuo et stipulatione: delendum enim verbum, *illo*, quod illic additum nolim: et hoc sentio comprehensum de utraque caussa nominatim edicto: sed de mutuo edicto hoc quod est de certi condictione, de stipulatione autem proprio edicto. Hoc cognito de conceptione hujus edicti, qualem eam fuisse ex his quæ diximus, omnino consentaneum est existimari: hinc jam statim intelligimus, eum qui edictum de certi condictione nominet, re ipsa et condictionem certi complecti, et mutuum: quia edictum et illam polliceatur, et de hoc nominatim exprimat. Quod si hoc accedet, ut his verbis, *si certum petetur*, significetur aliquando edictum ipsum: habebimus de significatione tituli, quod volumus. Sumemus enim quod rei conveniat, ut fit in ambiguis. *L. quoties idem infr. de ver. sig.*

Sic deinde efficietur is titulus, qui de condictione certi, et mutuo pariter polliceatur, quod quærimus. Atqui eadem ista conceptio edicti nos admonet *sic* hæc verba accipi posse, et cum res postulat, accipi debere, ut edictum significetur. Non enim tantum conditionem habent, quam exprimunt de sententia prætoris; sed quod præterea in superiore edicto observandum est, ab his *ipsis* edictum incipit.

8 Sic est usus † juris: prima verba edicti cum per se ponuntur concisa, ita ut proprie accepta nullam per se sententiam absolvant, neque cum præcedentibus aut sequentibus cohæreant, sic usurpari solent, ut notent aut edictum ipsum, cujus prima verba sunt, aut actionem eo edicto comprehensam. Quorum in priore inest Synecdoche auctoribus familiaris, ut ex initio edicti, idest, ex parte prima et maxime conspicua, quæque sequentia velut digito indicat, intelligatur totum, nempe edictum; in posteriore inest metonymia, ut ex edicto, cujus significatio his verbis ante præsumpta est, intelligamus actionem, quæ continetur, idest, actionem edicto propositam. Primis verbis edicti ubi aperte et nominatim appelletur edictum ipsum, non ita fortasse statim et facile reperias. Sed in interdictis prætorum ex horum primis verbis notari interdicta ita est usitatum, ut nihil sit usitatius aut frequentius. Est interdictum, quod dicitur Quorum bonorum. *L.* 1. *in fin. infr. quo. bon.* nempe ex eo, quia initium ita est, Quorum bonorum possessio ex edicto meo illi data est. *d. L.* 1. *eod.* Est quod dicitur Quod legatorum: similiter et ex eo, quod hujus initium est, Quod legatorum nomine tenes possides. *L.* 1. *infr. quod leg.* Sic dicitur interdictum Unde vi, cujus initium est, Unde vi tu illum dejecisti *L.* 1. §. *ex interdicto, et in prin. infr. Unde vi.* Sic uti possidetis, cujus initium est, Uti possidetis eas ædes. *L.* 1. §. *est igitur, et in pr. infr. uti pos.* Sunt et alia complura ejusmodi. Quæ ratio est interdicti, eadem et edicti, ut quemadmodum ex primis verbis interdicti ipsum interdictum, sic ex primis edicti eodem modo edictum intelligatur; dicamusque recte edictum: Quod metus caussa, id cujus initium est, Quod metus caussa factum est, *L.* 1. *supr. quod met. cau.* edictum. Si quis jus dicenti non obtemperaverit, dum id intelligimus, cujus initium fuit his ipsis verbis. Non exprimitur id quidem fortasse sub his titulis, qui sunt de his caussis compositi in Pandectis: sed non obscure significatur. Nam in titulo Si quis jus dicenti non obtemperaverit, nulla alia verba sunt, quam hæc ipsa: tamen in *L. unica*, quæ ei titulo subjecta est, §. *pen.* nominatur hoc edictum: cum prius nullum sit præmissum edictum præter id quod titulus indicavit: ut appareat hanc appellationem ad id, quod in titulo erat, referri, et dici edictum, Si quis jus dicenti non obtemperaverit, cum intelligeretur totum edictum cujus prima verba hæc fuerunt. Sic et titulus, Quod metus caussa gestum erit *supr.* præter hæc ipsa verba nihil habet. Et tamen statim in *L.* 1. edictum ipsum totum proponitur, cujus superiora verba tantum pars et initium sunt: ut non sit obscurum verbis illis tituli, quæ sunt edicti prima, hoc ipsum edictum, quod subjicitur, significari. Neque hoc nostrorum est tantum, juris auctores dico, ut ex primis verbis alicujus scripti totum scriptum designent: sed habent hoc et cum aliis bobis auctoribus commune. Sic enim et Virgilius in Daphnide in extremo Æglogam quandam suam appellavit,

.... *Formosum Corydon ardebat Alexin*

et item alteram,

.... *Cujus pecus, an Melibœi,*

cum intelligeret eas, quarum initia hæc erant, idest, secundam, et tertiam. Significatione hac posita, inde et alia nata est, ut iisdem verbis primis edicti interdum actio edicti significaretur. Notabant enim prius verba hæc edictum: ex edicto quod continet, id quod continetur deinde acceptum est. Hac ratione dicta est actio, Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur *L.* 1. *supr. Si quand. paup.* ut sit actio ex edicto, cujus initium est, Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur. Nam hæc actio primum quidem orta est ex lege XII. tabularum: sed hinc sumpta proposita est diligentius edicto prætoris, cujus id initium fuit, quod diximus, unde et nomen accepit. *d. L.* 1. §. 1. *si quod.*

Eodem modo † dicta actio, si certum petetur: sic enim quædam nominatur in *L.* 1. *infr. de cond. trit.* Quam quidam putant propriam quandam actionem esse de pecunia certa numerata, diversam a certi condictione sed nullo ne probabili quidem argumento. Ego eandem esse cum condictione certi, vel potius his verbis notari condictionem certi non dubito. Neque enim hæ 9

ver-

verba, *actio si certum petetur*, ex usu perpetuo juris et omnium probatorum auctorum, aliter resolvi aut exaudiri possunt, quam ut intelligatur actio ex edicto, sive ea parte juris, cujus initium sit, *si certum petetur.* Nullius porro edicti prima verba sunt, *si certum petetur*, nisi ejus, quo promittitur actio sub hac ipsa conditione: neque hac conditione alia competit, quam certi condictio. *L. certi*, *infra.* Idque ipsum edictum est, de quo hic agimus. Quapropter actionem *si certum petetur*, ut actionem hujus edicti, sic eandem et condictionem certi accipere debemus. Et quæ posset tandem competere sub hac conditione, *si certum petetur*, nisi ea qua certum petitur? hæc vero non alia est, quam certi condictio. *d. L. certi.* Nisi quis certum in ea actione putet non rem certam omnem dici, sed proprie pecuniam certam numeratam. Quod quam dici non conveniat, ex his quæ de significatione certi supra disserui, intelligi potest. Nam quod scribit Ulpianus in *L. 1. infr. de cond. trit.* eum qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione uti, Si certum petetur: ita quidem scriptum est, ut appareat illum voluisse his verbis excludere aliquid: sed verbo actionis excludere voluit alias actiones, non verbo pecuniæ numeratæ res alias: de quo commodius ad *L. 1. infr. de condict. trit.* Illud tenebimus, actionem quoque, *si certum petetur*, eadem analogia ex initio edicti dictam esse: ut sit actio ex edicto, cujus initium est, *si certum petetur*; eadem quæ certi condictio, quæ sola hoc edicto proponitur hac conditione, *si certum petetur.* Ex his apparet, in usu juris tribus modis accipi posse hæc verba, *si certum petetur.* Cum cohærent cum reliquis verbis edicti, aut aliam orationem snbjunctivam congruentem habent, conditionem exprimunt, ad quam significandam sunt inventa: ut sit sensus, promitti hic, aut fieri aliquid, si res certa aliqua petetur. Cum concisa per se ponuntur, non amplius eam conditionem exprimentia, alias edictum notant, cujus sunt prima verba; alias actionem ejus edicti propriam. In hac ambiguitate quid loco conveniat, spectandum est, et quod convenit, sumendum. Id jam non difficile est videre ex his, quæ diximus.

Si conditionem in his verbis accipimus, quasi dicatur jus hic proponi ex hac caussa, atque hac conditione, *si certum petetur*, nihil facimus quidem abhorrens a verbis, et usu loquendi veterum: sed mutuum omittimus, de quo maxime titulus polliceri debuit, cum de eo maxime sub hoc titulo agatur. Si intelligimus actionem, *si certum petetur*: quasi his verbis ea actio promittatur, quæ non alia est, quam certi condictio: bis vitiosum titulum inducimus, tum quod ex hac significatione posterius membrum redundat, tum quod neutro membro de mutuo exprimitur: ut palam sit neutram interpretationem tractationi subjectæ convenire. Quod si his † verbis edictum no- 10
tari intelligimus, confecta res est: fit titulus et verbis et rei propositæ convenientissimus; ut sit sententia: Sequitur edictum, *Si certum petetur*, idest, id cujus est hoc initum: quo edicto nominatim de mutuo cavetur, de cæteris caussis certis non nisi per occasionem et tantum generaliter; in universum autem de omnibus pariter datur certi condictio. Habes his verbis summam hujus tituli breviter et commode comprehensam: sic enim vi ipsa pollicetur titulus de mutuo et de certi condictione: quæ duo sunt capita summa hoc titulo exposita, neque plura ex professo. Quæ cum interpretatio ut verbis congruit, ita et rem totam significanter complectatur: duæ res eam a nobis flagitant: primum lex interpretandi, quæ dictat in ambiguo sermone eam sententiam sumendam, quæ rei est aptior. *L. quoties idem*, *infra*, *de reg. jur.* Deinde ipse usus veterum in primis verbis edicti pro edicto aut actione edicti usurpandis, qui ejusmodi est, ut non soleant his verbis exprimere actionem, nisi cum hoc ipsum verbum actionis adjiciunt, ut dicant actionem *si certum petetur*, actionem *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.* Unde intelligimus cum hoc verbum non additur, ut in hoc titulo accidit, potius his verbis significari id totum, cujus prima pars sunt illa verba, idest, ipsum edictum.

Sed additur in hoc titulo, *et de condictione*, quod etiam ex superiore interpretatione videri potest otiosum, cum edictum et de hac complectatur. Verum hoc ita † 11
interpretandum est, quasi dictum esset: et *maxime de condictione*, intellige, de condictione hujus sive certi, quod appellatum est, sive edicti propria, idest, de condictione certi. Quod ideo additum est, quia hujus tractatio quodammodo per omnes partes tituli fusa est. Nam et tunc cum agitur de mutuo, simul et de hac agitur, ut quæ pariter et ex mutuo competat. Sic et titulus Codicis accipiendus est, *de servitutibus et aqua.* Valet enim, de servitutibus, et maxime de aqua seu aquæductu.

Nam alioqui et aquæductus servitus est, ut nisi illud *maxime* intelligimus, satis contineatur verbo servitutum. Sic et titulus, De injuriis et famosis libellis, ut sit de injuriis, et maxime de famosis libellis, nam et libelli famosi species sunt injuriæ.

12 Ex hoc sensu habemus, quod de titulo secundo libri quarti Codicis jam certo respondeamus. Sola illic hæc inscriptio est, *Si certum petatur*. Certum non significare mutuum ante docuimus, et pro certo haberi debet. Solum tamen agitur de mutuo sub eo titulo. Quomodo igitnr titulum rei subjectæ convenire dicemus? Hoc modo: si titulus ita exaudiatur, ut hic ex usu veterum accipi debere diximus, edictum seu pars edicti, vel tractatio pertinens ad edictum *Si certum petetur*. Quod et verum est: tractatur enim illic, ut dixi, de mutuo Edicti, *Si certum petetur*, pars est mutuum. Quanquam et per mutuum agitur etiam sub eo titulo de certi condictione altero capite edicti, quando et hæc ex mutuo competit. Sed ideo non est additum, et *de condictione*, quia ibi de ea non tractatur ex professo, et quatenus ex aliis quoque caussis datur, ex quibus certum petitur, ut hoc loco. Sic titulus usum et significationem verborum retinens etiam re præstat, quod pollicetur, dum ea exhibet, quæ sunt hujus edicti, atque hoc modo reprehensionem omnem effugit.

Ad L. E re est. 1.

Ulpianus libro 26. ad Edictum.

E re est priusquam ad verborum interpretationem perveniamus, pauca de significatione ipsius tituli referre. Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia jura sub hoc titulo prætor inseruit, ideo rerum creditarum titulum præmisit. Omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur. Nam (ut lib. 1. Quæstionum Celsus ait) credendi generalis appellatio est, ideo sub hoc titulo prætor et de commodato et de pignore edixit. Nam cuicumque rei assentimur alienam fidem secuti mox recepturi quid ex hoc contractu credere dicimur. Rei quoque verbum ut generale prætor elegit.

SUMMARIA

1. *Tituli*, De rebus creditis, *significatio explicatur in L.* 1. *et cur hujus potius quam illius*, Si certum petetur.
2. *Significationem tituli hujus initio explicare, cur* e re esse *dicat Ulpianus.*
3. *Tituli* De rebus creditis, *a prætore variis contractibus præmittendi ratio.*
4. *Edicta uti publice proposita olim.*
5. *Edicti compositor cur dicatur Julianus, et quid sit.*
6. *Contractus quid. Contractus nullus sine obligatione, et* num. 9.
7. *Contractus ut recte dicatur conventio.*
8. L. Labeo libro, de ver. sign. *explicata: et quo sensu dicatur contractus esse obligatio.*
9. *Verbalia in* io *quid significent in usu juris.*
10. *Contractus mutuam obligationem non desiderat*
11. *Contrahere quid sit proprie, et cur hinc contractus apppellatus.*
12. *Contractus mutuæ obligationis conventionem significat ex loco subjecto in* L. Labeo, de verb. sig. *et unde id colligatur.*
13. *Quasi contractus dicitur contractus abusive.*
14. *Hæc verba*, Quos alienam fidem secuti instituimus, *cur addita, cum videretur sufficere, contractus nominasse.*
15. Credere *quid.*
16. Mori *quid.*
17. *Nec credere, nec creditores esse, qui alienam fidem non sequantur.*
18. *Creditum non est contractus, sed pars contractus: sic tamen, ut ex parte præcipua totum intelligatur.*
19. *Cur* De rebus creditis, *non de rebus debitis.*
20. *Cur non potius De rebus contractis?*

E RE EST) Præfatur Ulpianus se de significatione tituli pauca referre velle, idque prius quam ad verborum interpretationem perveniat: ac cur velit, rationem hanc reddit, quia e re sit id facere. AIT, DE SIGNIFICATIONE TITULI. Cujus tituli? Nam duos in inscriptione præcedente esse diximus; unum *De rebus creditis*, alterum *Si certum petetur*, et *de condictione*. Et ex sequentibus apparet, eum † dicere titulum *De rebus creditis*, et 1
solum. Nam et hunc paulo post nominat, et hu-

hujus solum significationem attingit. Sed cur hunc interpretatur potius, quam alterum, *Si certum petetur*, cum hi duo sint, et uterque huic parti præfixus? Observandum est Ulpiani hæc esse, sumpta ex ejus libris ad edictum, ut inscriptio capitis ostendit. Ex hujus instituto et mente, quod scribit, accipiendum est, et videndum, quid fuerit in eo, quod interpretabatur. Interpretatio enim ad id accommodata non potuit aliud referre, quam ad id quod referebatur. Scribebat autem ille non ad inscriptionem istam superiorem, quæ a compositoribus Pandectarum nota est; sed ad edictum prætoris, idque unum habuit sibi propositum. Jam vero in edicto perpetuo in ea parte juris, quæ est de contractibus, de qua hic agitur, unus fuit hic titulus communis, *de rebus creditis*. Quæ specialia huic titulo subjecta sunt, edicta tantum fuerunt de singulis contractibus: sic enim postea scribit: *multa ad contractus varios pertinentia jura sub hoc titulo prætor inseruit*: et hæc jura intelligit edicta: subjicit enim, ideo sub hoc titulo prætor et de commodato, et de pignore edixit. Recte ergo et ex instituto Ulpianus unum tantum titulum dixit *de rebus creditis*, et hunc unum est interpretatus, cum in edicto, quod interpretabatur, unus tantum hic esset titulus. Atque hinc jam statim ab initio plus quam liquido apparet, titulum *De rebus creditis* separatum fuisse a titulo *Si certum petetur*. Sed et illum generalem esse, et totius tractatus, qui de contractibus paulo post subjicitur. Quod ait: *prius quam ad verborum interpretationem perveniamus*; verba intelligit non tituli, quorum interpretationem statim aggreditur; sed verba quorum explicationem ex professo instituit, idest, verba edicti, quod primum occurrit sub hoc titulo, nempe de mutuo et certi condictione, ad cujus edicti interpretationem sese parat. Ait autem e re esse id facere. Sic enim Pandectæ Florentinæ, E RE EST, et recte.

2 Significat enim † esse ex usu, utile esse, rem postulare, ut ita faciat. Et est quidem utilitas ea communis ex cognitione omnium titulorum, ut significatione eorum cognita sciamus, qua de re agatur sub unoquoque, ut si quando ea sit opus, habeamus, unde id petere liceat. Sed alia de caussa utile esse de significatione hujus tituli dici sentit Ulpianus. Sequentia enim declarant propositum esse ei docere, recte prætorem hunc titulum hoc loco præmisisse, cum totus in eo sit, ut id factum ratione confirmet. Id quoniam nisi ex significatione verborum intelligi non poterat, et tamen conveniebat intelligi, ideo e re esse dicit, ut de ea significatione pauca referat: *referat*, dicit: quia quod de hac re scribit, potissimum ex Celso refert. Per occasionem ergo de significatione tituli dicit: Summa autem huc spectat, ut ex ea factum prætoris defendat.

Sed quid opus † fuit in eo facto probando labore, si nulla dubitatio est, quin prætor hunc titulum recte hoc loco præposuerit? Hanc vero dubitationem nullam esse dixeris. Constabat enim prætorem præposuisse hunc titulum iis edictis in quibus de contractibus variis agebatur. Congruit titulus, si omnes contractus continet. Quid est autem caussæ, cur negemus hunc esse talem? Quod si hic nulla dubitatio est, ne e re quidem est, sed otiosum de significatione tituli dicere, ut quod non eget probatione, recte factum probetur. Et certum est, nisi quæ dubitatio huic titulo obstaret, non fuisse laboraturum Ulpianum in eo, ut facti prætoris rationem redderet. Sed non caruit factum dubitatione. Credibile est autem usum verbi ancipitem huic dubitationi caussam dedisse. *Creditum* enim in usu juris ut plurimum pro mutuo usurpatur: et credere est mutuum dare in Senatusconsulto Macedoniano. *L. 1. et L. 4. infr. de Senatuscons. Mac.* de quo mox plura ad *L. 2. in extremo, infr.* Id si credendi verbum tantum significat, aut etiam si proprie significat, non dubium, quin non recte præmittatur hic titulus omnibus contractibus subjectis, quando verbum ad solum contractum mutui pertinet. Huic ergo dubitationi occurrit Ulpianus significatione verborum exposita. 3

QUONIAM IGITUR MULTA) Ex significatione verborum ut dixi, instituit docere recte hunc titulum præmissum hoc loco a prætore. Ideo prius factum prætoris ponit, ejusque facti rationem, cujus deinde probationem ducit ex hac significatione. Est autem hæc sententia: Præmisit hoc loco prætor titulum rerum creditarum, idest, de rebus creditis; idque hac de caussa, *quoniam multa ad contractus varios pertinentia jura sub titulo inseruit*. Recte prætor, qui ideo huic argumento hunc titulum præmiserit. *Omnes enim contractus*, inquit Ulpianus, *hic titulus complectitur*. Optima ratio. Is enim demum rectus est titulus, qui multas species sibi subjectas habens, ejusmodi est, ut generalis sit, et omnes vi sua complectatur. Talis est autem hic titulus,

lus, qui variis contractibus præpositus est, si contractus non paucos quosdam, aut etiam plures, sed omnes complectitur: qualem esse eum hæc ratio ostendit. Solum hoc habuit dubitationem, an esset talis: quod probat deinceps subjecta verborum tituli significatione. In verbis hæc expendenda sunt. Titulum rerum creditarum vocat, qui in edicto inscriptus fuit *De rebus creditis* eodem modo, ut in inscriptione hujus partis legitur. Non enim dubium est, quin compositores rem tituli ex edicto perpetuo sumentes verbis quoque iisdem, quæ in edicto fuerant, uti voluerint: ut ex verbis superioris inscriptionis verba quoque tituli prætorii liceat agnoscere. Dixit autem titulum rerum creditarum, qui est de rebus creditis, ut si quis titulum de damno infecto appellet titulum damni infecti; titulum injuriarum, qui est de injuriis: nam et stipulationem damni infecti et stipulationem de damno infecto pro eodem passim legimus sub tit. de damno infecto. Ait eum præmisisse hunc titulum. Non ergo prætor tantum proposuit edicta, sed etiam edictis titulos. Ait item eum sub hoc titulo varia edicta de contractibus inseruisse. Ergo etiam digessit prætor edicta in ordinem, et generibus distincta sub certis titulis collocavit. At quomodo prætori hoc tribuitur, cum prætor non sit scriptor, qui composuerit de edictis libros, sed populi Romani magistratus, qui edicta, idest, prætorias leges publice proposuerit, ut pro jure observarentur: cum præterea edicti prætorii conditor et ordinator dicatur non prætor, sed Julianus? *L. 2. §. sed quia divinæ, C. de vet. jur. enu. L. pen. C. de cond. jud.*

4 Et sciendum † est ita prætorem fuisse magistratum populi Romani, non aliquem scriptorem; ita edicta fuisse prætorum leges, non libros, ut tamen prætor edicta publice proposita haberet in albo ita, ut inde esset omnibus legendi et cognoscendi copia. *L. 2. §. eodem tempore, supr. de orig. jur. L. 1. C. de int.* Et quoniam fiebat id eo consilio, ut Pomponius scribit in *d. L. 2. §. eodem.* ut scirent cives, quod jus de re quaque quisque dicturus esset, seque præmunirent: consentaneum est hæc non confuse et tumultuarie, sed certis generibus utcunque notata et distincta proposita fuisse, ut quæsita ad quanvis occasionem de unaquaque specie facilius reperirentur. Certe ita fieri debere ei consilio, quod dixi, consequens fuit. Et vero ita factum esse usus veterum declarat. Hinc enim mos producendi adversarium suum ad album, cujus mentio est in *L. 1. sup. de ed.* Hæc productio eo spectabat, ut notata parte edicti, ex qua quis agere vellet, intelligere reus, qua actione secum ageretur: quod fieri commode non poterat, nisi essent summa saltem genera rerum titulis convenientibus notata, ex quibus peterentur singularum rerum ad ea genera pertinentium actiones. Atque hinc est etiam, quod de edictis ad contractus varios pertinentibus a prætore factum hic scribit Ulpianus nempe hæc unum in locum conducta erant, et ut argumenti genus posset notari, his omnibus prætor titulum præmiserat, *De rebus creditis.*

Composuit deinde, idest, in ordinem † redegit Julianus edicta omnia diligentius et exactius; cui operi auctoritas Senatusconsulto tributa est Hadriani temporibus, ut deinceps quæ illic edicta erant, pro jure perpetuo servarentur. Ex quo primum id totum opus edictum perpetuum cœpit appellari, et Julianus dici edicti perpetui conditor et ordinator: de quo scripsi ad *L. interpositas, C. de trans.* Et ad hoc edictum idest, ad hoc opus scripsisse juris interpretes, qui postea secuti sunt, liquet ex L. 2. *supr. de stat. hom.* Sed qui titulus primum a prætore in his edictis publice proponendis præpositus erat, idem in compositione edictorum a Juliano retentus est: quo factum est, ut is prætori ut auctori semper merito tribuatur. 5

Ait hunc titulum *complecti contractus omnes.* Quod solum si dixisset, recte et sine exceptione vere dictum esse constaret, si modo quid sit contractus, et quid credere, intelligeremus. Sed addidit, *quos alienam fidem secuti non instituamus*, quasi aliqui contractus sint, quos alienam fidem secuti non instituamus, quod secus est. Nullus est enim contractus, qui non habeat in se conventionem *L. 1. §. 1. supr. de pact.* Proinde nullus qui non habeat fidem alterius nobis datam quam sequamur. Id enim continet conventio. Unde quod edictum est de pactis, idem de fide servanda esse dicitur *d. L. 1. in pr. de pact.* Cur ergo hæc verba adjecit Ulpianus? Non utique discretionis caussa, quasi quidam sint; sed ambiguitatis, quæ in verbo contractus inerat, tollendæ gratia. Quod cum recte intelligi non possit, nisi definitione et significatione verbi contractus cognita: tribus de caussis faciendum est, ut quid sit contractus, et quam varie hoc verbum accipiatur, hoc loco exponamus: primum ut quoniam hac parte tractatio instituitur de contractibus, jam statim a principio intelligatur, quid sit id de quo agitur 6

agitur: tum ut hoc loco certius statuatur, quid valeat illud, *omnes*; quo verbo species generi subjectæ omnes comprehenduntur, sed ita, ut hæ tales futuræ sint, quale est genus, cui subjiciuntur: postremo ut eodem hoc loco sciatur, id quod quærimus, quam recte addiderit demonstrationem istam Ulpianus, et an sint aliqui contractus, in quibus alienam fidem non sequamur.

Contractum definit Theophilus in §. *ult.*
6 *Inst. de obl.* ut sit † duorum pluriumve in idem conventio, et consensus ad constituendam obligationem, et ut alter alteri fiat obnoxius. Dicere debuit contractum esse conventionem, aut si explicatius malumus, duorum pluriumve placitum et consensum, ut quid detur aut fiat uni ab altero, quo et ipso alter alteri obligatur. Nam in illa priore definitione pleraque sunt supervacanea, quædam omissa necessaria ad definitionem. Quod conventionem nominat, cum dicat esse duorum consensum in idem, superfluum est: quoniam hic ipse duorum consensus uno verbo dicitur conventio. *L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* Aut si contractum conventionem dici placet, superfluum est addere duorum in idem consensum; cum conventio nihil aliud sit, quam hic ipse consensus. Quanquam nec recte dicitur duorum pluriumve in idem conventio, cum solo verbo conventionis vi ipsa cætera contineantur. Superfluum et illud, ad constituendam obligationem. Hoc enim satis exprimit, qui dicit posterius, ut alter alteri fiat obnoxius, sive ut alter alteri obligetur: cum si conventione id agatur, ut obligetur alter alteri, necesse sit id agi, ut obligatio constituatur: neque enim obligatur quisquam, nisi constituta obligatione, qua teneatur. Illud plane vitiosum est, quod dicit contractum esse conventionem in hoc, ut alter alteri obligetur, nec quicquam adjicit. Neque enim ad contractum satis est convenisse, ut quis obligetur: nisi ut convenit, ita et is obligetur. Alioqui cum convenit inter nos, ut mihi Stichum dares: ego tibi Pamphilum permutationis caussa: ubi id agitur, ut tu mihi dare debeas, id est, mihi obligeris, ego tibi: nuda hæc pactio contractus erit: quod non ita est. Contractus omnis obligationem et actionem parit. *L. juris, in pr. supr. de pact. L.* 3. *infr. de præs. ver.* Unde inter caussas obligationis una ex præcipuis contractus ponitur in divisione obligationum. §. 1. *Inst. de obl.* Nuda autem pactio qualis est superiori, obligationem non parit, *L. ex placito, C. de rer. per. L. juris*, §. *sed cum nulla, L. divisionis, supr. de pact.* unaque hac nota maxime nuda pactio dandi faciendive a contractu distinguitur in *d. L. juris*, §. *sed cum nulla.* Non est igitur nuda pactio contractus, quantunvis ea id agatur, ut qui promittit, ei cui promittit, debeat, idest, obligetur. Sunt quidem contractus, qui solo consensu, solaque conventione dandi aut faciendi perficiantur, ut emptio, venditio, locatio conductio, et similes: *Inst. de obl. ex cons.* sed minima pars est hujus generis: et qui sunt hujusmodi, non ideo sunt contractus, quia interpositi sunt tantum obligationis constituendæ caussa, sed quia re vera hanc ipsam constituunt. Vitiosa ergo definitio, quæ et aliis convenit, quam contractui, nec in ulla specie contractuum, quod contractus proprium est, exprimit. Duo sunt omnino contractus propria, quæ conjuncta contractum statuunt; conventio dandi faciendi caussa interposita, et huic adjuncta obligatio. Quapropter recte definiamus potius eo modo, quo supra diximus, ut sit contractus conventio; vel ut hoc ipsum dicatur plenius, duorum pluriumve placitum et consensus, ut quid detur aut fiat, quo alter alteri obligatur. Conventionem, seu duorum consensum cum Theophilo dicimus. Et est quidem ita, ut nullus sit contractus sine conventione, *L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* ac ne stipulatio quidem; tametsi hæc maxime verbis confici dicitur. *L. inter*, §. 1. *L. continuus*, §. 1. *infr. de ver. obl.* Eaque una res est, quæ contractus a quasi contractibus, maleficiis, et quasi maleficiis in divisione obligationum distinguit. Omnia enim pariter obligationem pariunt: in re et factis hoc interest, quod cætera sine consensu et conventione alium nobis obligant; contractus tunc est, cum volens volenti obligatur, hæc enim distinctionis nota inter contractus et quasi contractus statuitur toto *tit. Inst. de obl. quæ quasi ex con. nas.* nam de maleficiis et quasi maleficiis non dubitatur.

Sed ut nullus sit contractus sine conventione: dubites tamen non immerito,
utrum contractus † recte dicatur conven- 7
tio. Non laborarem in eo, nisi et Ulpianus eodem modo vocaret. Is enim in dicta *L. juris, in pr.* commodatum, depositum, quos re, non sola conventione fieri constat, et cæteros similes contractus diserte dicit esse juris gentium conventiones, quæ actiones pariant: addit et transeant in aliud nomen: sic tamen ut proprio nomine accepto nihilominus nomen ge-

generis perpetuo retineant. Nec dubium est, quin et aliis juris auctoribus contractus eodem sensu dicantur pactiones et pacta. Cum enim dicitur ususfructus constitui posse pactionibus *L.* 3. *in pr. supr. de usuf.* certum est pactionis verbo non intelligi pactionem eam, ex qua actio non nascitur, sed eam ex qua nascitur. Ex qua autem pactione actio est, is est contractus. *d. L. juris*, *in pr. de pact. L.* 3. *infr. de præs. ver.* Et cum dicitur traditionibus, non nudis pactis dominium transferri: *L. traditionibus*, *C. de pact.* non hoc tantum dicitur, dominium non transferri ea pactione, quæ vulgo dicitur nuda, idest, quæ actionem non parit; sed nulla omnino pactione transferri, ac ne contractu quidem, nisi ex eo traditio secuta sit: hoc enim ita jus est. *L. quoties*, *C. de rei vind.* Sed tamen dubites, an sic quoque recte vocentur contractus aut ab Ulpiano, aut ab aliis. Non enim omnes contractus sola conventione perficiuntur, sed plerique præter conventionem etiam alias res ad obligationem desiderant: ex quibus alii conventione, et rei interventu constant, ut mutuum, commodatum, et cæteri qui re fieri dicuntur; alii conventione et verbis, ut stipulatio. Neque vero totum quod diversis partibus constet, recte unius partis nomine appellemus: exempli gratia, non recte videmur mutuum appellare posse conventionem, cum constet etiam rei traditione, quemadmodum nec recte id vocemus rei dationem, cum constet et conventione. Nam et homo constat duabus partibus, animo et corpore: non tamen recte dixeris hominem esse animum, aut hominem esse corpus; sed esse id, quod toti ex his duabus partibus composito conveniat. Constant ædes fundamento, parietibus, tecto; nemo tamen dixerit ædes esse fundamentum, aut parietes, aut tectum. Quod et in contractibus servandum esse, ne his verbum conventionis attribuamus, suadere videtur definitio Pedii relata in *L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* Sic enim concepta est: nullum esse contractum, qui non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat. Non potest quod continet, id esse, quod continetur. Contractus Pedio habet in se, idest, continet conventionem. Non est igitur contractus ea conventio, quæ continetur. Sed ut hoc posterius Pedii recte dicitur, sic recte et prius: contractum nimirum esse conventionem, prout est conventionis significatio, ne forte aut priorem appellationem propter hæc posteriora, aut hæc ipsa propter priorum auctoritatem repudiemus. Ambiguum verbum est conventio in usu juris. Interdum pro parte contractus accipitur in his, qui re aut verbis fiunt: interdum pro genere, quod totum contractum, qualiscunque is sit, ut speciem sibi subjectam continet. Pro parte contractus tunc, cum distinguitur conventio ab his rebus, quæ præter consensum ad obligationem contrahendam in contractu accedunt. Id quod fit docendi caussa, quo partibus distinctis magis intelligatur, quid ad contractum desideretur: veluti cum mutuum constare dicimus conventione, et rei mutuæ datione; stipulationem conventione et verbis. Hoc modo contractus totum est, et ut totum dicitur habere ac continere in se conventionem ut partem: ex qua constat. Pro genere contractus usurpatur conventio, cum conventioni tribuuntur etiam eæ res, quæ ad conventionem adhibentur, ut in mutuo rei mutuæ datio; in stipulatione verba. Quod et ipsum recte fit: si quidem conventionis est hoc totum, quod ista accedunt. Ut puta, quod placet in mutuo, ut res data reddatur, conventionis est sine controversia. Sed nihilominus et hoc est conventionis, quod res datur mutuo: quia consensus facit, ut detur, ac sine consensu dantis et accipientis data non esset. Idem et in stipulatione licet dicere de interrogatione et responsione: quæ nisi ex consensu proficiscantur, nullam obligationem pariunt. Ita in summa totum est conventionis. Qua ratione pertinet conventio ad totum contractum, eumque ut genus speciem continet. Sit ergo contractus conventio, aut quod idem valet, duorum pluriumve placitum et consensus: aut si in quibusdam contractibus conventionem placet esse partem, saltem hoc ratum sit, nullum esse contractum sine conventione. Adjecimus, ut quid detur aut fiat, potius quam in idem: quia hoc *in idem* est generalius, pertinetque etiam ad pactum liberandi caussa interpositum. Ut autem quid detur aut fiat, proprium est contractus, quo solo obligatio istarum rerum constituitur. Idem valet, si dixerimus cum Theophilo contractum esse conventionem obligationis constituendæ caussa interpositam, propterea quod non est obligatio, nisi in dando aut faciendo. *L.* 2. *in pr. infr. de ver. ob.* Sed illud prius magis placet, quia est planius, eoque aptius ad definitionem. Sciunt enim omnes quid sit dare aut facere, eoque quid agatur, cum id agitur, ut quid alteri detur: aut fiat: quid sit autem obligatio, quod verbum juris est, non sta-

statim omnes intelligunt: et ut intelligant, tamen hoc amplius quærendum est, in quo obligatio hæc versetur. Ut detur fiatve uni ab altero, commune est omnium conventionum. Nam neque pacisci aut contrahere possumus, ut quæratur alteri; *L. quæcunque gerimus, infr. de ob. et act. L. stipulatio ista.* §. *alteri, infr. de ver. obl.* neque ita, ut promittamus alterum daturum, facturumve. *L. inter, infr. de ver. obl.* §. *si quis alium, Inst. de inut. stip.*

8 Quod dixi, quo † quis obligatur etsi satis supra ostendi proprium esse contractus: si quis tamen in eo amplius aliquid et certius desiderat, expressum est illa definitione Labeonis, quæ refertur in *L. Labeo libro. infr. de ver. sig.* Is contractum definit esse *ultro citroque obligationem*: addit quidem *ultro citroque*: sed tamen et simpliciter vocat obligationem. Intelligit hoc verbo non id, quod usitate significat, vinculum juris, sed factum obligandi, seu factum quo obligamur. Neque enim contractus est obligatio, idest, vinculum juris, quod definitur *Inst. de obl.* sed ex contractu hæc obligatio nascitur. §. *ult. Instit. de oblig.* Contractus factum est, quod cum absolutum est, esse desinit: unde facti esse dicitur, non juris *L. consilio, in fin. infr. de cur. fur.* Obligatio jus est, sive res in jure consistens, quæ etiam post contractum manet, et potestate juris subesse intelligitur. *Inst. de reb. cor. et inc.* Non ergo unquam Labeo hoc sensu contractum obligationem esse diceret: sed hoc sentit, quod dixi contractum esse factum obligatorium, seu obligationem inter aliquos constituens. Sic autem contractus dicitur vel μετονυμικῶς ut intelligatur caussa ex suo effectu, idest, factum id ex quo obligatio oritur; vel quod est verius, proprie ea forma.

9 Qua verbalia † in io non tantum jus significant, sed maxime et prima origine actum notant ejus verbi, a quo derivantur, a quo actu ad jus transferuntur. Actio definitur jus agendi, persequendive: sed prima origine actum ipsum seu id quod fit, significat. *Virtutis laus omnis*, inquit Cicero, *in actione consistit*, idest, in agendo. Atque hic actus, quia etiam tunc obtineri videtur, cum jure nobis licet quid agere: inde factum, ut actio pro potestate agendi jure constituta accipiatur. Eademque exceptionis, persecutionis, et similium ratio ac significatio est. Exceptionem alicui dari, aut competere dicimus, idest, jus exceptionis opponendæ; sed non minus recte dicimus exceptionem actori oppositam, actorem exceptione exclusum: quo non jus excipiendi, sed ipsum excipiendi actum significari apparet. Sic est et verbum obligationis: id in usu juris sic fere usurpatur, ut declaret juris vinculum, quo aliis tenemur; sed non minus recte factum obligandi, sic ut obligandi actus obligatio vocetur. Nec vero aliter accipi potest in illis verbis Pedii: *nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat. L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* Hic non intelligit Pedius obligationem, quæ juris vinculum est. Hec enim cum non exsistat nisi conventione interposita, et ea conventione, quæ postquam interposita est, evanuerit: non potest dici in se habere eam conventionem, quæ nulla est: non magis quam effectus in se habere suam caussam, quæ præcessit, et esse desiit: sed hoc dicit, nullum esse contractum, nullum factum, quo volens volenti obligatur, sive re, sive verbis fiat, quod non contineat in se eorum inter quos obligatio intercedit, consensum et conventionem. Ita factum ipsum, quod fit re aut verbis ad obligationem interponendam, vocat obligationem. Est igitur contractus omnis ejusmodi factum, quo quis alteri obligetur re vera, non quo id agatur tantum, ut unus alteri obligetur.

Sed † ut obligationem intervenire oportet, ut constituatur contractus: ita dum 10
hæc interveniat, non est necesse, ut uterque obligetur alteri mutuo: satis est, quod cum Theophilo diximus, si vel unus alteri, seu alter alteri obligetur. Et ita contractus verbum constanter apud juris auctores usurpatur, ut si ex consensu duorum quis obligatur, illic dicatur contracta obligatio, et negotium ipsum, seu res gesta contractus, sive contrahentes invicem inter se obligentur, sive unus tantum alteri. Id quod satis declarat vetus illa, et omnium consensu recepta contractuum divisio, qua alii re fieri dicuntur, alii verbis, alii consensu, id est, consensu solo. *L.* 1. §. 1. *infr. de obl. et act. L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* §. *ult. Inst. de obl. et act.* primo generi deinde subjicitur in primis mutuum, *Inst. quib. mod. re. con. oblig.* secundum autem totum positum est in stipulatione: *Inst. de ver. obl.* quorum tamen in priore solus qui mutuum accepit, in posteriore solus qui promittit, obligatur. Sed et tot locis stipulatio contractus dicitur. *L.* 1. §. 1. *supr. de pact. L. certi,* §. *quoniam, infr. eod. L. non solum, infr. de obl. et act.* Neque aliter Cicero rem contrahere, et res contra-

ctas

ctas intelligit cum alibi, tum *Lib. 1. de offic.* cum justitiam dicit in hominum societate tuenda sitam esse, tribuendo suum cuique et rerum contractarum fide: non enim eo minus fides est, etsi nos tantum eam alteri dedimus, nobis vicissim data non est. Sed hic dubitationem attulit superior definitio Labeonis, qui contractum definit id negotium, ex quo mutuæ sunt ex consensu obligationes, ut emptionem, venditionem, et similes contractus. *d. L. Labeo libro, de ver. sign.* Nec dubitari potest, quin Labeo id sentiat. Primum definit esse *ultro citroque*, id est, *invicem* obligationem. Si obligatio hic factum obligando, seu factum quo obligamur significat, non possunt hæc verba aliter accipi, quam ut significetur factum, quo obligamur ultro citroque, ut adverbia ad actionem verbalis nominis explicandam referantur. Itaque non intelligemus contractum esse factum ultro citroque: quod solum si dixisset Labeo, nobiscum sentiret; sed esse factum, quo obligamur ultro citroque. Sed et si hæc verba essent ambigua; sequentibus tamen omnem dubitationem sustulisset, cum addit, quem Græci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem, Συνάλλαγμα, ut verbi compositio indicat, id negotii genus est, quod commutationem rerum in se continet: quæ non fit, nisi ubi mutuæ obligationes sunt, et mutuæ præstationes. *L. jurisgentium, in pr. supr. de pact.* Exempla vero, quibus utitur, aperte eorum negotiorum exempla sunt. Quid pluribus opus est? Contractum Labeo eodem loco distinguit ab actu et gestu, et ab actu ita, ut *actum* dicat generale verbum esse, continens non tantum si quid consensu agitur (nam et maxime consensu quid agitur, *L. 3. infr. eod.*) sed et si aut verbis, ut stipulatione, aut re, ut pecuniæ numeratione. Intelligit igitur *contractus* verbum esse speciale: nam si pariter et hoc generale est res easdem continens, perperam ista separat in eo, in quo sunt eadem. Hæc ergo, ut dixi, definitio dubitationem adfert, rectene, et ex usu juris, ac sententia veterum dicamus contractum esse, ubi ex conventione duorum obligatio est, non tantum si uterque alteri invicem, sed etiam si unus tantum alteri obligetur. Sed de usu veterum et juris in hoc verbo satis supra demonstratum est, hunc esse nimirum eum, quem diximus. Quin autem recte et ex proprietate verbi hoc modo contractum vocent veteres, ubi unus tantum obligetur alteri, ne hoc quidem potest dubitari quod origo et vis verbi cognita declarabit. Dicimus rem et negotium contrahere, et res contractas, cum intelligere volumus obligationem consensu inter aliquos constitutam. Verbi ratio ex eo est.

Contrahere proprie est † rem quæ disjecta ac dispersa erat, cogere, et veluti in unum adducere. Unde illa apud Ciceronem ad Atticum *lib. 8. epist. 1.* contrahere cohortes, contrahere aliquo omnes copias. Et *contractis copiis* pugnare; apud eundem *disjecta manu* pugnare opponitur, *eodem libro in epist.* Gn. Pomp. Hinc recte et significanter dicimus rem contrahere cum aliquo, ut sit, efficere simul cum eo, ut rem cum illo constitutam habeamus, quæ antea nulla erat cum eo: rem, idest, negotium cum eo constitutum, unde aliquid vel nos ab illo, vel ille a nobis, vel uterque ab altero debeat exspectare. Et rem habere cum aliquo, est habere quod ab illo petamus, vel ille a nobis petat. Hoc sensu dicimus contrahere familiaritatem, contrahere amicitiam cum aliquo: quod nihil aliud est, quam efficere, ut una mihi amicitia sit cum illo, una conjunctio. Hanc in hoc genere significationem esse verbi contrahere, ex contrario possumus intelligere. Ut enim rem contrahere dicimus; sic dicimus rem distrahere, pro eo quod est, dissolvere obligationem. *L. 4. §. is quoque, infr. de obl. et act. §. pen. Inst. de obl. quæ ex qua con.* Quid est autem distrahere rem, nisi rem disjungere et separare, idest facere, ne jam mihi simul res sit cum alio, quæ cum illo erat constituta? Quapropter in contrahendi verbo contraria nominis ratio et significatio est. Quid ergo? non recte Labeo, qui contractum esse definivit, ubi esset obligatio ultro citroque. Non recte: si contractum per se definiret, aut id faceret ex usu juris auctorum, aut proprietate verbi: in quo aperte aliorum auctorum testimonio, et verbi origine refutaretur. 11

Sed recte ille in † loco, quem interpretabatur, quoniam id fecit ex auctoris sententia. Observandum est enim illum sic ut supra diximus, contractum definivisse in eo loco, ubi tria hæc conjungebantur inter se actum, contractum, gestum. Si conjunguntur hæc non otiose, aliud erit ex instituto loquentis *actum*, aliud *contractum*, aliud *gestum*. Et actum quidem est quod inter aliquos quovis consensu agitur, sive verbis quid agatur, sive re. Ab hoc si separamus contractum; ut fit apud Labeonem in *d. L. Labeo, de ver. sig.* nempe ab usitata et 12

ge-

generali significatione hoc verbum ad speciem restringimus rei magis exprimendæ caussa, ut hic intelligatur contractus, ubi agitur quidem quid inter aliquos: sed ita, si utrinque simul alter ab altero obligationem trahat. Neque novum est, quod verbum vi sua generale est, et ad omnes species pertinet, docendi caussa ad speciem certam contrahi, quo magis species singulæ suis nominibus notatæ intelligantur: ut in appellationibus injusti, rupti, et irriti testamenti factum esse docet Justinianus in §. *alio*, *Inst. quib. mod. test. infr.* Nos hoc loco, quid per se et generaliter significet verbum contractus, quærimus. Rata sit igitur hæc definitio: contractum esse, quidquid fit consensu inter aliquos: eo quidem animo, ut constituatur obligatio; sic tamen, si et ea constituatur dum autem constituetur, nihil interesse, uterque alteri obligetur eo facto, an unus dumtaxat.

13 Interdum tamen quasi † contractum, ut tutelam, et negotiorum administrationem, quæ sine consensu dominorum geruntur, absolute contractum dici legimus, ut in *L. ex contractibus*, *infr. de obl. et act. L. sed cum*, *supr. de neg. gest.* Sed abusive ista ita dicuntur, dum scilicet nomen rei tribuimus ei, quod illius similitudinem gerit. Quo modo hypothecariam actionem, quæ introducta est ad similitudinem Servianæ, vere quasi Servianam, §. *item Serviana*, *Inst. de act.* abusive ob hoc ipsum Servianam simpliciter nominamus. *L. si superatus*, *infr. de pig.* Cæterum tutelam et negotiorum alienorum spontaneam administrationem contractus non esse, quia duorum consensu non constent, aperte significatur in *L. si quis absentis*, *in pr. infr. de obl. et act.* et Tit. *Inst. de obl. quæ ex qua con.* His de significatione et usu verbi contractus cognitis, habemus quod de sententia hujus loci, deque his quæ supra proposita sunt, quærimus. Ait Ulpianus hunc titulum de rebus creditis complecti contractus. Superiore definitione quas res dicat, et de quibus sub hoc titulo, ac deinceps in hac parte tractetur, intelligimus. Ait hunc titulum complecti omnes contractus, ut intelligeremus potissimum contineri hoc titulo non tantum contractus eos, ex quibus mutuæ obligationes sunt, ut aliquando hoc verbum Labeonem accepisse legimus in *d. L. Labeo libro*, *infr. de ver. sig.* sed etiam eos ex quibus unus tantum alteri obligatur: quale est mutuum, indebitum solutum, pecuniæ constitutio: de quibus in hac parte sub hoc titulo agitur.

Addidit, *quos † alienam fidem secuti instituimus.* Inepte, si hic contractus proprie accipimus. Neque enim in hac proprietate hæc adjectio aliter accipi potest, quam ut sit discretionis nota, qua alii contractus ab aliis separentur. Quam discretionem contractus, qui proprie ita dicuntur, non admittunt. Ut enim docuimus, etsi cætera dubitarentur de contractus definitione: at certe illud non potest, quin nullus sit, qui non habet in se conventionem, ut diserte scriptum est in *d. L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* Proinde nullus, in quo fidem ab alio nobis datam non sequamur. Sed interdum aliter contractus verbum usurpatur, ut diximus, abusive id quidem, sed tamen interdum. Ex quo ambiguitas in hoc vrbo nasci potest. Ergo hujus ambiguitatis vitandæ caussa Ulpianus hanc demonstrationem addidit, *quos alienam fidem secuti instituimus*, ut intelligeremus eum contractus illos dicere, qui vere sunt contractus, et usitate ita appellantur; non eos, qui abusive, ut quasi contractus, in quibus ut alienam fidem non sequimur, sic nec credimus quidquam aliis, eoque nec isti ad hunc titulum pertinent. Atque hinc sciri potest, quam recte, certe quam cum Ulpiano sentiant, qui scribunt hæc verba *de rebus creditis* non solum omnes contractus complecti, sed porrigi etiam ad quasi contractus, et maleficia: quod ejusmodi est, ut si quis Ulpiano ex professo adversari vellet, non aliter potuerit scribere. 14

Nam ut libro primo quæstionum) Necesse est titulum esse generalem, cujus singulæ partes, idest, singula verba generalia sunt. Talem autem esse hunc titulum ostendit Ulpianus. *Credendi enim*, inquit, *generalis appellatio est*, *ut Celsus ait. Rei quoque verbum generale.* Recte ergo prætor hæc verba eligit, ut titulum generalem, et ad ea quæ subjecta sunt, pertinentem statueret. *Ideo*, inquit, *sub hoc titulo prætor et de commodato*, *et de pignore edixit*, idest, edicta proposuit. Quibus exemplis augendi caussa usus est potius, quam cæterorum contractuum, quia hi re fiunt; in quibus ob eam caussam minus apparet conventio, cum in his negotium re data magis geratur, quam aperta conventione. Et tamen usque adeo *credendi* verbum putavit prætor *generale*, ut non dubitarit etiam de his sub crediti titulo edicere. *Rei* verbum *generale* esse tantum dicit, non probat, quia verbi hujus significatio in usu juris, atque adeo apud alios quoque auctores sit notissima. Vide *L. rei appellatio*, *L. pecu-*

pecuniæ appellatione, *L. pecuniæ nomine*, *infr. de ver. sig.*

Credendi autem (quod verbum erat ob-
15 scurius) appellationem † generalem esse, et omnes contractus continere docet, in primis quidem Celsi auctoritate, quem hujus sententiæ auctorem laudat: sed præcipue etymologia et definitione verbi: *nam cuicunque rei*, inquit, *assentiamur alienam fidem secuti*, *mox recepturi quid ex hoc contractu*, *credere dicimur.* Recte, *cuicunque rei assentiamur*: nam prima origine verbi constat credere nihil aliud esse, quam alicui fidem habere. Hoc autem est assentiri alteri fidem danti, id vero fit in omnibus contractibus.

Quod ait, *mox recepturi quid ex hoc*
16 *contractu*, non sic † accipi debet, quasi nullus sit contractus, nisi ex quo statim quid recipiamus: nam et in diem et sub conditione contrahimus, ut longo post tempore interdum recipiamus id, de quo convenit: sed aut mox hic positum est pro postea, ut et ab eodem Ulpiano in L. 1. *infr. de appel. rec.* a Scævola in *L. Seja*, §. 1. *infr. ad Vell.* aut significat quidem statim, ut est usitata verbi significatio; sed ita, ut ad mentem creditoris id referendum sit, qui semper fere hoc animo est, ut statim recipiat quid ex contractu; etsi nonnunquam, ac sæpe contra eveniat. Ex his autem verbis duplex dubitatio nascitur: una de sententia ipsa: altera de argumento quod inde ducitur. In sententia hoc primum animadvertendum est, non tradere Ulpianum hoc loco definitionem de iis qui alienam fidem secuti sunt, mox recepturi quid ex eo contractu, quasi his credendi verbum recte attribuatur: sed tradere hujus ipsius verbi definitionem, sicque locum esse accipiendum, quasi ita scriptum esset, credere esse, cum alicui rei assentimur alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu. Prius si diceret Ulpianus, non haberet sententia dubitationem: nihil enim certius, quam omnem qui alienam fidem in contractu sequitur, unde aliquid postea recipiat, recte dici credere. Sed sententia huic loco non convenit. Ante enim dixerat Ulpianus credendi generalem appellationem esse. Ad hoc probandum hanc ipsam appellationem subjicere oportuit, et docere esse generalem: quod efficitur hujus verbi definitione, non autem ita, si dicantur aliqui credere, cum possit adhuc quæri, num appellatio ad alios quoque pertineat. Definitio ergo hic de verbo est, non autem de quibusdam personis, quas constet recte dici credere. Ex quo incidit res in difficultatem.

Definitio enim si recta est, hoc † effi- 17
cit, non tantum eos qui alienam fidem in contractu sequuntur, recte dici credere et creditores: ut quibus definitio superior convenit, his recte tribuatur definitum: sed etiam e converso omnem qui credit, eum esse, qui alienam fidem sequatur, non alium, ne quid definitioni desit, neve latius pateat definitum, quam definitio, seu ne alicui definitum conveniat, cui non recte tribuatur definitio: quæ sunt leges non vitiosæ definitionis. Idque ipsum sentire Ulpianum priora ostendunt. Dixerat enim prius titulum *De rebus creditis* continere non quidvis, sed contractus: et ne quid in verbo contractus esset ambigui, addidit, *quos alienam fidem secuti instituimus*, ut intelligeremus hos solum, non alios. Quod ita verum est, si credendi verbum ad eos qui alienam fidem sequuntur, solum pertinet. Hoc vero posterius falsum esse probari videtur argumento creditorum. Nam hoc verbo constanter traditur omnes accipiendos esse, quibus ex quacunque caussa, et actione etiam ex maleficio debeatur. *L. creditores*, *L. creditorum*, *L. si cui*, alias, *ut si cui*, *infr. de ver. sig.* Ergo et hi continentur, quibus debetur sine consensu, et qui minime alienam fidem sunt secuti. Si hi creditores: etiam credere dicendi sunt, quibus ex hac caussa debetur. Conjugata enim sunt credere, et creditor; et ut non est emptor nisi qui emit, venditor nisi qui vendit, locator qui locat, conductor qui conducit, fidejussor qui fidejubet: ita non est creditor, nisi qui credit, nec res credita, nisi ea quam aliquis crediderit: ut in quo unum admiseris, in eo necesse sit et reliqua admittere. Nos vero sciamus credere recte definiri hoc loco, verumque esse, ut omnis credere dicitur, qui in contractu alicui rei assentitur alienam fidem secutus, mox recepturus quid ex eo contractu: sic qui hoc non faciat, hunc nec credere, nec esse creditorem. Id ita esse certo statuemus, si meminerimus credere Latinis generaliter nihil aliud esse, quam fidem habere alicui: quod non fit in negotiis gerendis, nisi cum alius fidem dedit aliquid futurum, quam fidem deinde sequimur, eique assentimur. Non adversatur huic sententiæ, quod de creditorum verbo traditur in *d. L. creditores*, *et L. creditorum*, *infr. de ver. sig.* creditores accipiendos esse omnes quibus ex aliqua caussa debetur, etiam si debeatur ex maleficio. Hoc enim

nim quomodo accipiendum sit, docet Ulpianus in *d. L. ut si cui*, alias, *si cui, seq. de ver. sign.* qui definitione complectens idem, quod prius ex eodem refertur in *d. L. creditores*, scribit; *si cui ex delicto debeatur: sibi videri posse eum creditoris loco accipi.* Ergo qui sunt in hac caussa, creditores ideo accipiendi sunt, quia habentur creditorum loco. Qui sic loquitur, non alia re magis declarare potuit hos re vera, seu verbi significatione non esse creditores: alioqui ita dicendum fuisset, hos creditores esse, non pro creditoribus haberi. Simile est, quod idem Ulpianus de deportatis alibi scribit, hos nimirum mortuorum loco habendos, *L. 1. §. pen. infr. de bon. pos. con. tab.* quo maxime significare eum omnes intelligunt, deportatos quidem natura, et vere mortuos non esse; sed jure ita haberi, quasi mortui essent. Ac deportatos vivere certum est: qui si mortui essent, ne deportati quidem dici possent. Quomodo igitur dicuntur creditorum loco esse, qui creditores non sunt? Non significatione verbi, de qua nunc agitur, et quam tractat hoc loco Ulpianus; sed ejus legis, quæ creditores nominat, sententia. Cavetur de creditoribus eo rescripto, quod tractatur in *L. jurisgentium, §. pen. et ult. et LL. seqq. supr. de pact.* Consulitur et creditoribus ea parte edicti, qua his postulantibus constituit prætor; se bona ejus qui recte non defenderetur, a creditoribus possideri, et si etiam fraudationis caussa latitabit, se ea distrahi, si res exigat, jussurum. *L. 2. L. Fulcinius, in pr. infr. quib. ex cav. in poss. eat. L. item, §. hæc autem, supr. ex quib. cau. ma. L. si quis instituatur, §. 1. infr. de her. inst.* Etsi hic appellantur tantum creditores, et, si ad verbum res exigitur, creditorum appellatione soli exaudiuntur hi, quibus ex contractu debetur, quia vere crediderunt: placet tamen in his omnibus, et similibus eo verbo accipi omnes quibus etiam ex alia quavis caussa debetur. Non quia, inquam, id verbum significet, sed quia ea mens sit legis et sententia, ut hi quoque intelligantur. Ut enim hi verbo creditores non sint, quibus debetur ex maleficio: re tamen ipsa non minus his debetur, nec minus eorum ratio habenda est. Hæc mens est legis omnis, ut in quibus eadem legis ratio est, in his jus idem admittatur. *L. illud, infr. ad leg. Aq. L. non possunt, et L. seq. supr. de legib.* Atque hæc de definitione et significatione verbi credere. De argumento, quod inde ducit Ulpianus, videamus. Nempe hoc argumentum est: Si *credere* dicimur, cum alicui rei assentimur alienam fidem secuti, et recepturi quid ex eo contractu: verum esse, quod prius posuerat, titulum hunc *De rebus creditis* sub credendi verbo contractus omnes complecti, quia et *credendi* appellatio sit generalis. Verendum quis esse dixerit, ne hoc non recte colligatur.

Non enim efficitur superiore definitione † *creditum* esse contractum, sed solum 1
contractus partem. Quippe in omni contractu duo sunt, qui interveniunt: unus, qui promittit: alter, cui promittitur. Ille fidem dat aliquid futurum; hic danti fidem habet: hoc autem fidem habere, ut dixi, est credere. Ita contractus totum quiddam est: ejus totius duæ partes, promissum seu debitum ex consensu, et creditum. Jam vero non si creditum contractus pars est, ideo efficitur creditum contractum continere, sed potius contra non continere. Nunquam enim pars totum continet, sed e converso totum partem. Et sane jure putem reprehendi posse Ulpianum, si diceret *crediti* verbum contractus complecti, idque ex definitione superiore colligeret, quæ nihil amplius quam partem contractus ostendit. Nunc autem non crediti aut credendi verbum, sed titulum rerum creditarum dicit contractus omnes complecti. Hoc recte: complectitur enim titulus res sibi subjectas, vel ut genus suas species, vel ut suas partes totum. Sed enim complectitur hic titulus contractus omnes propter verbum *crediti*: alioqui male Ulpianus ad eum complexum probandum uteretur argumento et definitione hujus verbi. Ex quo dicat aliquis consequens esse multo magis ipsum *crediti* verbum contractus continere, juxta dictum vulgare et verum: *propter quod unumquodque tale est, et illud magis tale est*: confirmatum *Auth. multo magis, C. de sac. eccl.* Recte colligeretur, si hic titulus complecteretur contractus propter solum *crediti* verbum. Quod non ita est: complectitur enim ideo, et quia titulus est, et quia habet verbum generale, quo contractus omnes etsi non comprehenduntur, significantur tamen. Quia titulus complexus est rerum ei subjectarum, proprium tituli est eas continere, si modo et illæ verbis tituli demonstrentur. Crediti autem verbum, quod verbum partis est, etsi totum contractum non continet, aut complectitur; significat tamen: quia ex una parte, etiam altera, ac per utramque partem simul totum ipsum intelligitur. Sunt enim hæc duo creditum et debitum ex consen-

sensu, inter se relata: quæ sunt ejusmodi, ut unum sine altero non modo non esse, sed ne intelligi quidem possit; et hoc amplius ejusmodi, quorum uno posito statim alterum ex adverso intelligatur. Non est creditum ab aliquo, nisi sit qui promittat, quod promittenti et debituro credatur; imo creditum ideo, quia alius promisit et fidem dedit. Sic nec debitum ex consensu, nisi sit cui ex eodem consensu debeatur: nec potest ita deberi alteri, nisi assentienti et credenti, et ex illo statim hic animus concipitur. Ut ergo recte dicimus solum emptionem contractam, aut solum contractam venditionem, ubi intelligimus emptionem et venditionem contractam, quia non est emptor sine venditore, aut venditor sine emptore, idque est, quod traditur in *L. veteres*, *infr. de act. empt.* veteres verbis emptionis et venditionis promiscue pro toto contractu usos esse: sic et res creditas recte dicimus, ut intelligamus creditas et simul ex consensu debitas, idest, uno verbo contractas: quia non est creditor sine debitore ex consensu; neque hic debitor sine creditore. Ita ut redeam ad sententiam Ulpiani, ex definitione credendi hic tradita colligitur verbo *crediti* significari contractus ipsos totos, eoque et verbo rerum creditarum similiter, ut ex rebus quæ continentur contractu, ipse contractus continens intelligatur. Ex eo autem quod significantur his verbis contractus, efficitur id quod Ulpianus prius dixerat, et illi probare propositum est: nempe titulum rerum creditarum, ut verbis contractus significat, sic conditione tituli cujusque propria eos ambitu suo complecti. Sed si in hoc titulo verbo *crediti* solum ex parte totus contractus intelligitur, hic nobis de facto prætoris suboriuntur aliæ dubitationes.

Nam primum si placebat ex parte contractus totum notare, cur potius † dixit prætor *de rebus creditis*, quam de rebus debitis, aut debitis ex consensu, cum ex his non minus ex adverso res creditæ intelligerentur? Non propter dignitatem aut præstantiam aliquam quæ major sit in credito, quam in debito, ut in similibus appellationibus docui ad *L. 5. §. stipulatio*, *infr. de ver. obl.* sed quia polliceri *de rebus creditis* conveniens erat instituto prætoris, non item de rebus debitis etsi adderetur, ex consensu vel contractu. Prætor enim cavebat edicto creditoribus, quibus pollicebatur se actionem daturum. Consequens fuit, ut polliceretur se daturum de rebus, quas ipsi credidissent, ut actio referretur ad eos, de quibus agebatur. Illud constat de rebus debitis inscribi non debuisse: quia res debitæ non significant res debitas ex consensu aut contractu, sed et ex quavis alia caussa debitas. Hic autem agebatur tantum de contractibus. Deinde et illud quæritur, et quidem ut de eo dubitetur magis. 19

Esto enim, liceat ex alterutra parte totum contractum intelligere, ut utram dicamus nihil intersit: tamen cum potuisset prætor uno verbo dicere de contractibus, verbo ut uno, ita pleniore et usitatiore, cur † maluit dicere *de rebus creditis*, non 20
solum verbis pluribus, sed etiam iis, in quibus necesse sit ex parte totum, et ex contento continens intelligere, quod est obscurius? Referri et hoc debet ad institutum prætoris. Ut *de rebus creditis* diceret, instituto ejus conveniebat; ut diceret de contractibus, nequaquam. Prætoris enim edicta non erant proposita de contractibus, idest, quomodo quæque res contraheretur, et quando ex conventione nasceretur obligatio: sed rebus jam ante contractis, et contractibus suppositis, pollicebatur se daturum actionem de iis rebus; quæ ex contractu debebantur, idest, *de rebus creditis* ab iis, quibus promittebat actionem. Nunc cum post interpretationes Jurisconsultorum cœperit sub his titulis explicari forma et natura contractuum, nihil prohiberet inscriptionem concipi et de contractibus. Sed cum utraque inscriptione idem intelligatur, utra potius utamur, ad rem non multum pertinet.

Ad L.



Ad L. Mutuum damus. 2.

Paul. libro 28. ad Edictum.

Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin aut commodatum erit, aut depositum) sed idem genus. Nam si aliud genus, veluti si pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.

SUMMARIA.

1. *Mutuum quibus rebus perficiatur.*
2. *In mutuo rem tradi oportere; hinc re contrahi dictum.*
3. *Mutuum cur dicatur re contrahi, cum desideret et consensum.*
4. *In mutuo rem oportere fieri accipientis.*
5. *In mutuo id agi, ut res reddatur, ut alia res reddatur, non eadem species, et cur.*
6. *Ut genus idem, non alia res qualibet.*
7. *Ut ejusdem generis et bonitatis.*
8. *Mutuum gratuitum.*

QUOD in divisione contractuum factum est in Institutionibus, ut in generibus eorum proponendis et pertractandis Cajus et Justinianus ab iis, qui re fiunt, ordirentur, et in iis ipsis primum a mutuo, *L.* 1. *infr. de obl. et act. Instit. de obl. in fin. et tit. seq.* idem et Pandectarum compositores hoc loco secutos esse apparet. Ex iis enim titulis, in quibus de contractibus et actionibus in personam agi incipit, hic est primus, et idem ejusmodi, in quo potissimum de mutuo jus proponatur, ac per occasionem de certi condictione: ut sint quidem hæc duo capita rerum summa, quæ hoc titulo explicentur; sed ita, ut de mutuo agatur præcipue. Id quomodo perficiatur, complexus est hoc capite Paulus: cujus sententia, et in ea vis ac natura mutui ut melius notari et explicari possit.

Observandum est hoc a Paulo dici præter consensum, qui omnium contractuum est communis, constare † proprie et per-
1 fici mutuum tribus his rebus: rei traditione velut forma; conventione hujus contractus propria, quæ finem continet; tum rebus certis, quæ mutuo dentur, tanquam materia, in qua mutuum versetur. Rei traditionem indicat, cum dicit, *mutuum damus*: conventionem et finem illis verbis, *damus recepturi quid*, et quæ sequuntur initio capitis: de rebus distincte et ex professo agit in §. 1. Licet eadem animadvertere breviter et dilucide comprehensa in Institutionibus in principio tituli, *quib. mod. re. cont. obl.* Quæ singula qualia sint, et quid valeant, breviter consideremus.

Rem, quam mutuam esse volumus, an-
2 te omnia † tradi oportet accipienti: sic enim fit, ut de mea fiat tua, quod est proprium mutui, et unde mutuum est appellatum: ita si convenerit, ut tibi mutuum darem, nisi dederim, non erit mutuum. Hoc idem Paulus paulo post sic expressit: *non est*, inquit, *mutuum, nisi pecunia procifiscatur*, hac *L.* §. *ult. vers. mutuum.* Atque hinc est, quod dicitur mutuum re contrahi. *tit. quib. mod. re cont. obl. in pr. L.* 1. *infr. de obl. et action.* non enim dubium est, quin ideo ita dicatur, quia res tradita initium obligationi præbet, ac nisi re tradita nulla est obligatio mutui. Sane interdum res quæ vere tradita non est, pro tradita habetur, ut sit mutuum: sed hoc tantumdem valet: de quo dicetur ad *L. singularia, infr. eod.* Rei ergo traditionem mutuum exigit: sed constat idem nihilominus conventione, et consensu, sine quo nulla omnino obligatio contrahitur. *L.* 1. §. 1. *supr. de pact.*

Cur ergo dicitur mutuum, et similes contractus † re contrahi potius, quam con-
sensu, cum pariter utroque constent et re 3
et consensu? quia ex eo, quod proprium est cujusque generis, unicuique nomen est indutum, non ex eo, quod est omnium commune. Sine consensu non est mutuum, uti nec stipulatio *L. continuus*, §. 1. *infr. de verb. obl.* sed consensus est mutuo cum aliis contractibus communis: ex eo, quod commune est, statuere aliquid, quod sit ejus proprium, non possumus. Illud mutui proprium, quod præter conventionem rem in eo intervenire oportet, quæ tradatur: hinc ergo re fieri dicitur. Idem accidit et in stipulatione; in qua cum præter conventionem verba ad obligationem desideren-

rentur, idcirco dicitur verbis contrahi obligatio in eo genere, non consensu. Sed conventio est hujus contractus propria, quæ fine ab aliis negotiis distinguitur. Finis hic est mutui: res quæ usu consumuntur, hic utendæ dantur gratis, ut reddantur sine dantis injuria. Hæc res facit, ut hic res quæ traduntur mutui caussa, simul accipientis fieri oporteat: neque enim is jure suo eas consumeret, nisi prius ejus essent. Deinde et illud, ut reddantur non eædem, quæ acceptæ sunt: quoniam his consumptis non licet easdem reddere; sed ut reddantur saltem aliæ: quod quia sine incommodo dantis fieri volumus, proinde hoc etiam agitur, ut aliæ ejusdem generis reddantur, eademque bonitate, in summa tantundem, non amplius, ut sit mutuum gratuitum. Sint igitur hæc quinque in fine et conventione mutui: Primum sic rem tradi debere, ut fiat accipientis: secundum id debere agi, ut res reddatur: tertium, ut reddatur alia, non eadem: quartum, ut sic reddatur alia, ut tamen reddatur idem genus: postremum, ut reddatur res non solum ejusdem generis, sed etiam eadem bonitate.

4 Primum rem † accipientis fieri oportet: quod Paulus hic significat initio, cum dicit, mutuum nos dare: est enim dare, dominium transferre. §. *sic itaque*, *Inst. de act.* quo pertinet et illud, quod idem ait mutuum dictum esse, *quod de meo tuum fiat*, hac *L.* §. *appellata*. Id ita mutui proprium est, ut quæcunque res obstet, quominus dominium transferatur, eædem efficiant, ne mutuum contrahatur. Hinc in mutuo dantem dominum esse volumus, hac *L.* §. *in mutui*: quia qui dominus non est, dominium in alium transferre non potest. *L. traditio*, *infr. de acq. rer. dom. L. nemo plus*, *infr. de reg. jur.* Hic tamen interdum mutuum ex eventu confirmatur: de quo in §. *appellata*, *infr. ead. L.* Eadem res facit, ut quanvis dominus sit, qui tradit; tamen res tradita mutua non fiat: sive qui tradit, non sit hoc animo, ut dominium transferat; sive is cui traditur, non sit ea mente, ut dominus fiat: *L. si ego*, *infr. eod.* quippe ita dominii transferendi ratio est, ut nisi concurrat ex utraque parte affectum contrahentium, dominium non trasferatur. *L. quæcunque*, *infr. de oblig. et act.* Itaque quod dicitur *in princ. tit. quib. mod. re cont. oblig.* in mutuo res ita dari, ut accipientium fiant, non sic interpretandum est: quasi satis sit eas hoc animo tradi, ut fiant accipientium; sed ita, ut res vere accipientis fieri debeant.

Huic dationi secundo loco adjuncta esse debet † conventio, ut res reddatur: 5
alioqui re data donatio sit, non mutuum. Huc referri oportet, quod Julianus scribit in *L. non omnis*, *infr. eod.* non omnem numerationem obligationem parere, sed quoties id ipsum agitur, ut qui accipit, confestim obligetur. Inest vero in hac conventione tertium: ut reddatur non eadem species, quæ data est, sed alia, ut hic Paulus scribit: quod in rebus mutui propriis, et fine mutui constituto admitti necesse fuit, ut supra attigi. Nam si in mutuo res dantur utendæ, quæ usu consumuntur, ac consumptæ reddi non possunt: necesse est his consumptis aut nihil reddi, aut certe reddi alias: nihil reddi contra naturam mutui est: ita efficitur alias res reddi oportere. Quod si convenerit, ut eadem species redderetur, quæ data est, *aut commodatum* erit, inquit Paulus, *aut depositum*: quod an verum sit, paulo post dicetur. Nunc hoc manebit, nisi id agitur, ut res alia reddatur, mutuum non esse. Hæc res quæstionem attulit, an in mutuo si debitor eandem rem velit reddere, quam accepit, liberetur. Nam si id agitur, ut aliud reddatur, non videtur jus pati, ut aliud offerat: primum quia conventio servanda est, licetque creditori quamvis oblationem, quæ contra conventionem sit, contemnere. *L.* 1. *supr. de pact. L. qui decem*; *infr. de solut.* Deinde quia ita dictat regula juris, aliud pro alio invito creditore solvi non posse. §. 1. *inf. ead. L.* Sed nihil prohibet, quominus eadem species recte reddatur, dum reddatur non deterior: quod ipsum ex eodem §. 4. *hujus L.* satis colligitur. Cum enim ait Paulus res, quæ mutuo dantur, recipere functionem in suo genere magis, quam specie: etiam eadem specie reddenda functionem, idest, liberationem eas recipere declarat, etsi magis in genere. Quidni vero eadem hic species recte reddatur? Rem enim eandem reddendo maxime satisfacimus regulæ juris, quæ aliud pro alio solvi vetat. Congruit hoc etiam naturæ et fini mutui: nam cum in eo id agatur, ut res reddatur ejusdem generis et bonitatis: *L. cum quid*, *infr.* id ipsum tum maxime consequimur, cum eadem species nec deterior redditur: hæc enim est præcipue ejusdem generis, ejusdemque bonitatis. At enim id actum est, ut aliud redderetur. Nihil ad rem pertinet. Intelligendum enim est, totum hoc caveri debitoris caussa: siquidem huc spectat conventio, ut ille re mutua utatur, si velit: neque vero quæ res illius caussa com-

pa-

parata est, hanc illo invito servari oportet. *L. pen. C. de pact.* At aliud pro alio solvi non potest. Dicendum est deberi ex mutuo rem aliam ejusdem generis, si debitor velit. At si velit: debere etiam eandem: itaque eam solvendo liberari. Jam enim dixi id agi, ut res, quæ data est, reddatur sine injuria creditoris: quod ita fit, si debitor rem ejusdem generis et bonitatis reddat.

Sequitur quartum, quod inesse diximus
6 in conventione mutui: ut sic † reddi debeat alia res, ut tamen reddatur idem genus, ut Paulus loquitur: quod valet, ut reddatur alia quidem species: sed ejusdem generis, idest, ut est apud Justinianum *in princ. tit. quib. mod. re cont. oblig.* alia ejusdem naturæ et qualitatis: scilicet ut ita reddatur res sine ullo damno creditoris.

Quintum deest hoc loco, quod ex eadem ratione æquitatis ducitur, positum in
7 *L. cum quid, infr.* ut res † reddatur non solum ejusdem generis, sed etiam eadem bonitate. Ita in summa id efficit, conventio, ut cum mutuum acceptum erit, reddatur tantundem, inquam, nihil amplius.
8 Quod declarat † mutuum id esse, quod dixi, nimirum gratuitum: quod usque adeo verum est, ut quanvis in mutuo dando convenerit, ut amplius redderetur, nulla tamen sit conventio, quasi contra naturam mutui interposita: re enim non potest obligatio contrahi, ultra, quam datum est. L. *si tibi in pr. supr. de pact. L. rogasti, §. si tibi, infra eod.* Potest creditor stipulari usuras pecuniæ creditæ: sed hæ ex stipulatione debebuntur, non ex caussa mutui. Non deberentur illæ quidem, nisi mutua pecunia data esset; sed tamen non deberi eas propter mutuum, sed propter usum pecuniæ, et debitoris cessationem, argumento est: quod si mutuum statim redditum fuerit, usuræ ne ex stipulatione quidem deberi possunt. Supra scriptam autem istarum rerum conventionem cum dicimus intervenire debere, non intelligimus nominatim de his rebus convenire oportere, etenim qui dicit se dare mutuo, verbo *mutui* satis hæc omnia est complexus: sed superiora eo pertinent, quæ de conventione mutui dicta sunt, ut intelligatur, si quid contra aperte convenerit, eatenus mutuum non esse.

Ait, receperuri non eandem speciem, quam dedimus, alioquin aut commodatum erit, aut depositum) Falsum dixerit aliquis: fieri enim potest, ut sit pignus, aut locatio, aut precarium, aut contractus innominati genus: veluti cum rem do, ut eandem reddas: si pretium quandoque tibi offeram; aut si dem aream, ut si in ea ædifices, partem ædium mihi des; aut quid dem, ut facias, neque id feceris, quamobrem rem dederam. Et quidem id ita fateri necesse est, si hæc a Paulo neque exempli caussa, et absolute dicta sint. Ideo sunt, qui hæc duo genera contractuum exempli caussa hic posita interpretentur. Sed repugnat figura orationis: nam si exempla hic esse vellemus, ita dicendum fuisset: alioquin alius contractus erit, ut commodatum, ut depositum: nunc autem ita scribit Paulus, ut solum affirmet, alioqui commodatum fore, aut depositum. Quid ergo est? Puto, ut verba sunt, non aliud dici posse, quam absolute hic scriptum esse a Paulo, si demus rem, ut eandem speciem recipiamus, commodatum esse, aut depositum. Sed quo loco id dictum sit, spectandum est: ita etiam qua mente, et de quo genere contractuum dictum sit, eoque etiam quam vere, intelligetur. Ex genere mutui, de quo agitur, animadverti potest scripta hæc a Paulo esse, cum de iis contractibus ageret, qui re fiunt, qui certi quatuor recepti erant: mutuum, commodatum, depositum, pignus, ut constat ex Institutionibus. Cum igitur de his disserens in mutuo dixit: si res ita detur, ut eadem species reddatur, commodatum esse aut depositum, et si nihil aliud addidit, tamen ex re proposita intelligimus subaudiendum esse, si res ita detur in eo genere contractuum, de quo agitur, idest, in his qui re fiunt. In eo vero genere hac conventione interposita ut eadem species reddatur, commodatum erit, aut depositum, non aliud: non enim erit pignus: quia in eo non simpliciter res ita datur, ut reddatur semper: cum pignus detur etiam hac lege, ut pecunia non soluta id distrahere liceat: quod jure distractum etiam secundum legem pignoris reddi non debet. Potest quidem locatio esse, aut precarium, aut id negotii genus, cum do, ut idem reddas; sed hæc omnia non sunt ex eo genere contractuum, qui re fieri dicuntur, de quibus Paulus disserit.

Ad §.

Ad §. Mutui datio etc.

Mutui datio consistit in his rebus, quæ pondere, numero, mensurave consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam speciem. Nam in cæteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditore solvi non potest.

S U M M A R I A.

1. *Constare pondere, numero, mensura, quid sit.*
2. *Res pondere, numero, mensura constantes quæ, et cur non constent cæteræ.*
3. *In creditum ire, quid: et quid hoc loco.*
4. *Functionem recipere, quid.*
5. *Generis solutione magis satisfieri in mutuo, quam speciei ejusdem, et cur.*
6. *Mutuum cur consistat in his rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant.*
7. *Aliud pro alio non posse solvi invito creditore, et cur.*
8. *Aliud pro alio interdum solvi potest, et quibus casibus.*

Definit quidem hoc loco Paulus, quibus in rebus mutuum consistat; sed illud explicat potissimum, cur in his consistat duntaxat, non etiam in cæteris. *Consistit*, inquit, *mutui datio in his rebus*, idest, in his tantum contrahi mutuum potest, *quæ pondere, numero, mensurave consistunt.* Consistunt enim, legitur in Pandectis Florentinis, quod valet, *constant*: quo verbo eadem res exprimitur paulo significantius *in princ. tit. quib. mod. re cont. oblig.*

1 Consistere, vel, quod est rectius † constare numero, pondere, aut mensura res non dicitur, quæ numerum, pondus, mensuram habet: alioquin dicendum sit in rebus omnibus mutuum contrahi posse, quia res omnes suum numerum habeant, suum pondus, suam dimensionem. Sed hic constare æstimari est: ut intelligatur mutuum consistere in iis rebus, quæ numero, pondere, mensura æstimantur. Numero constare et æstimari eæ dicuntur, quæ illis rebus, quæ cujusque speciei propriæ sunt; et ex quibus æstimatio rerum esse solet, idest, qualitate et bonitate speciei inter se non differunt aliæ ab aliis. Sed si quid distant ita, ut unæ pluris, aliæ minoris æstimentur, quam aliæ: id accidit aut ex numero, quo aliæ ab aliis vincantur, aut ex pondere, aut ex mensura, quæ item in his minor, majorve sit, quam in aliis: Denique constat numero, quæ in pari numero rerum ejusdem generis natura sua idem præstant, eodemque modo æstimantur: contra autem in dispari numero, sunt et ipsæ quoque æstimatione dispari, idque tantum pro numeri proportione: eademque ponderis, et mensuræ ratio est. Exempli gratia, aureos nummos numero constare et æstimari dicimus: indicio erit, quod duo aurei solares, si cum aliis conferantur, si quidem cum duobus: omni alia quæstione omissa dicimus plane idem valere, quantumvis sint dissimili forte facie et forma: si conferantur cum uno, tum dixeris eos differre æstimatione pro portione numeri duntaxat, id est, tantum, quantum distat simplum a duplo: idemque intelligendum est de iis, quæ pondere aut mensura constant. Etsi etiam hoc indicium res constare pondere, numero aut mensura, si earum æstimatio ita ex his pendebit, ut interrogati, quanti res sint, non possimus respondere, nisi ex pondere certo, certo numero, aut certa mensura. Ut, aurum signatum numero constare dixeris: quia interrogati, quanti sit, respondebimus hoc modo: unus aureus tanti est; duo tanti. Sic constat triticum mensura: quia si rogemur, quanti sit, responsuri simus: illa mensura tanti est, illa tanti. Similiter quanti sit aurum, si interrogemur, necesse est nos ex pondere respondere: quia pro pondere æstimatio varietur.

Hujus † generis res quæ sint, non difficile intellectu est: quanquam si quis requirit, videntur notatæ apud Justinianum *in princ. tit. quib. mod. re cont. oblig.* Numero constat pecunia numerata: Pondere aurum, argentum, æs, et cætera metalla infecta: Mensura vinum, oleum frumentum. Cæteræ res non constant, aut æstimantur numero, pondere, mensura; quia 2

ea–

earum unaquæque species propria quadam naturæ vi, et qualitate constat, qua differt ab aliis, qua eadem fiat, ut quamvis in pari numero, aut pondere, tamen aliæ longe vincant alias, aut ipsæ vincantur ab aliis: utputa, homines numero, aut pondere, mensurave non æstimantur, quia non discernuntur alii ab aliis istis rebus; sed est in unoquoque natura quiddam, quo ipse æstimatur, præstatque aliis, aut contra ab aliis vincitur: æstimantur singuli ex ingenio, doctrina, viribus, agilitate, compositione corporis, venustate, et aliis rebus compluribus: quibus efficitur, ut unus homo non modo pluris sit, quam unus alius, sed etiam quam alii decem; eademque est cæterorum animalium, arborum, plantarum, ædium, agrorum, et earum specierum, quæ arte constant, ratio præter pecuniam numeratam. Jam cur in supra scriptis rebus mutuum consistat, ratio a Paulo hæc redditur, *quia*, inquit, *earum da-*
3 *tione possumus* † *in creditum ire*: quod valet, quia earum datione possumus mutuum contrahere: quasi diceret, ideo mutuum in his consistit, quia in his consistere potest et contrahi, ut fert earum rerum conditio, et finis mutui; in cæteris non potest, repugnante videlicet mutui, et earum rerum natura. *In creditum ire*, phrasis est, quæ et alibi frequenter occurrit, ut in *L.* 3. *§. is autem*, *infr. de S. C. Mac. L. tutor*, *§. ult. infr. ad Vell. L.* 5. *§. plane*, *infr. de trib. L. in nave*, 1. *resp. infr. loc.* Est autem in creditum ire in re aliqua, consensu efficere, ut ea res sit credita. Sed *crediti* verbum ambiguum est, quod et generaliter accipitur, et specialiter: generaliter, ut eo significetur omne, quod debetur ex contractu; *L.* 1: *supr.* specialiter, ut significetur mutuum. *L.* 1. *et L.* 4. *infr. de Senatuscon. Mac.* Utro igitur modo hic accipimus? Repugnat sententia loci, quominus generaliter de omni credito interpretemur: ita enim interpretantibus hac ratione efficeretur mutuum non in supra scriptis tantum rebus consistere, sed posse contrahi in omnibus: quia res omnes, quæcunque sunt, ita dari possunt, ut creditæ fiant. Restat igitur, ut hic creditum positum sit pro mutuo, sitque hic sensus, quem indicavi: ideo in his rebus mutuum consistere et contrahi, quia et potest: id est, quia hæ solæ res aptæ sunt natura sua, ut in his mutuum contrahatur. Id quod rursus Paulus confirmat subjecta ratione: *quia in genere suo*, inquit, *functionem recipiunt per solutionem, quam specie*: in qua oratione *magis* subintelligere debemus. Phrasis Græca, *quam* et multis aliis in locis Juris nostri annotavit Antonius Augustinus *Lib.* 4. *emend. cap.* 8.

Functio hoc loco non solutionem et præstationem rerum significat, sed † satisfa- 4
ctionem et liberationem, quam adfert earum rerum præstatio: quod ex his orationibus intelligi potest. Dicimus enim fungi noxæ deditione, *L. liber in fine*, *supr. ad leg. Aquil.* cum non hoc intelligimus tantum rem noxæ dedere; sed ita dedere, ut ea deditione satisfaciamus, eoque modo liberemur. Dicimus item fungi litis æstimatione: *L.* 1. *§. est autem*, *infr. si fa. fur. fecis. dic.* ubi certum est non hoc dici tantum, litis æstimationem præstare nos; sed ita præstare, ut sit ea præstatio pro justa satisfactione et liberatione. Etiam hic ipse locus satis arguit functionem pro præstatione et solutione rerum accipi non posse: alioqui quid ineptius, quam dicere istas res recipere solutionem in suo genere per solutionem et præstationem? Ergo ex illo verbi usu hic functio inde appellata satisfactionem et liberationem significat: ut sit hic sensus: ideo in his rebus mutuum contrahi posse natura sua, quia hæ res in genere suo per solutionem, idest, dum solvuntur, recipiunt functionem et satisfactionem: idest his solvendis plane satisfit creditori, ut injuriam sibi in eo fieri queri non possit.

Non fuit autem contentus dicere recipere eas in suo genere satisfactionem eodem
modo, ut in specie; sed † addidit *magis*, 5
quam specie, significans si hæ in genere reddantur, magis satisfactionem paratam esse creditori, quam si species eadem, quæ accepta est, redderetur: non quia eadem specie reddita, si modo reddatur non deterior, creditori non satisfiat (jam enim satisfieri initio hujus capitis ostendi) sed quia fieri potest, ut eadem species, quæ accepta est, tempore corrumpatur: puta, ut vinum mutuo datum acescat, frumentum aut tempestate vitietur, aut peduncu lis rodatur: porro deteriorem rem reddere non licet, ut mutuo satisfiat. Quod si *in genere* redditur, nunquam erit tempus, cum res reddi non possit sine creditoris injuria: semper enim in genere res ejusdem generis et bonitatis reperiri possunt, aut certe facilius reperiri, quam illud effici, ut eadem species eadem bonitate reddatur.

Optime vero superiore ratione Paulus colligit, his † in rebus mutuum contrahi pos- 6
se.

se. Meminisse enim debemus in mutuo ita aliud, quam acceptum est, reddi debere, ut reddi debeat sine creditoris incommodo: idest, eadem qualitate et bonitate, ut declaratur *L. seq.* Quo fit, ut in mutuo illæ res quærendæ fuerint, in quibus cum aliæ pro aliis redderentur, id fieret sine ullo damno creditoris. Declarat ergo Paulus tales esse eas, quæ constant pondere, numero, aut mensura: hac ratione, quia sint ejusmodi, ut aliis ejusdem generis reddendis non tantum eodem modo satisfiat creditori, quo satisfieret, si eadem species redderetur; sed etiam magis. Ex quo efficitur, quod vult, in his mutuum recte contrahi; in cæteris contraria de caussa contrahi non potest. Et hoc est, quod subjicit, *in cæteris rebus ideo in creditum*, idest, in mutuum iri non posse, *quia aliud pro alio invito creditore solvi non possit.* Atqui ista ratione efficitur, dixerit aliquis, ut ne in supra scriptis quidem rebus mutuum possit consistere, cum in his necesse sit aliud pro alio solvi: ut videatur potius ratio adversus Paulum facere, quod non ita est. Sic enim est natura cæterarum rerum, ut in his quodcunque numero aliud pro eo, quod acceptum est solvitur, vere sit aliud non numero tantum, sed etiam effectu et rei potestate: ita in his cum vere aliud sit, quod redditur, una etiam, si offeratur, in superiorem regulam incurret, ne invito creditore possit solvi. Alia conditio est earum rerum, quæ pondere, numero, mensurave constant: in quibus cum alia species redditur, quæ ejusdem generis sit, et bonitatis, dicatur sane numero reddi aliud, re autem vera idem redditur, cum reddatur, quod tantundem præstet sine damno creditoris, et quidem multo magis, quam si species ipsa, quæ data est, redderetur: quo fit, ut ad istas res nihil superior regula pertineat, eoque quo minus in his mutuum consistat, non sit impedimento.

Ait, aliud pro alio invito creditore
7 solvi non potest.) Regula † sumpta est ex definitione obligationis, quæ exstat sub titulo *de oblig. Inst.* Nam si ex ea definitione necesse est debitori solvere, quod debetur; est contra naturam obligationis liberum esse id non solvere: atqui liberum esset, si aliud solvere liceret: quare repugnat naturæ obligationis aliud pro alio invito creditore solvi. Et sane aperte iniquum est non tribui cuique, quod ei debeatur.

Sed † hoc tandiu verum est, quandiu 8
quod debetur, præstari a debitore potest, nec fit ei potestas jure aliud solvendi. Quod si non potest res ab eo præstari, natura cogit, ut pro ea aut nihil præstari debeat, aut debeat præstari æstimatio, vel si quid aliud habet debitor; in summa aliud: quippe necessitati parendum est: et stultum est exigere; quod fieri non possit: quo referri debent horum locorum exempla qui pro contrariis citantur in glossa, *L. in re furtiva, in pr. infr. de cond. fur. L. qui restituere, supr. de rei vind. L. si domus*, §. *qui confitetur, infr. de legat.* 1. *Auth. hoc nisi debitor, C. de solut.* Sed et si debitor alterius rei solvendæ potestatem habeat vel jure sibi tributam, vel testamento, vel conventione: jam hoc jure fit, ut pro potestate sibi concessa possit aliud solvere: itaque et ad hunc sine dubio regula non pertinet. Jure hanc facultatem tributam habet dominus, qui noxali actione ex maleficio servi convenitur: hic enim damni æstimationem debet: cæterum noxæ servum dedendo liberatur, quia hanc facultatem a lege accipit. *L. miles*, §. 1. *infr. de re jud.* Testamento habet heres, quem jussit testator penum dare, et si non dedisset, jussit dare decem. Hic enim cum interpellatus, ut daret, penum non dedit: continuo decem debere incipit, et quidem ita, ut sola decem videantur esse legata; et tamen facultatem habet penum solvendi, donec lis cum eo contestata sit: scilicet, quia ex voluntate testatoris accepit *L.* 1. *infr. de pen. leg. L. cum sine præfinitione, infr. quan. d. L. ced.* Conventione idem efficitur, si proponas penum promissam esse, et si penus data non esset: promissa esse decem, deinde in solvenda penu mora facta sit. *L. ita stipulatus infr. de verb. obl. L. si quis stipulatus fuerit decem in melle, infr. de solut.* Horum si nihil erit, jus perpetuum est, aliud pro alio invito creditore solvi non posse: invito, inquam: nam volenti si aliud datum sit, non minus contingit liberatio, quam si ipsa res debita soluta esset. *L. manifesti, C. de sol. L. si quis aliam, infr. eod.*

Ad §.

Ad §. Appellata est autem.

Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit. Et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio.

S U M M A R I A.

1. *Mutuum quomodo dictum*, *quod* de meo tuum fiat.
2. *Mutuum confirmatur interdum*, *et si ab initio aliena pecunia data sit* : *et quibus casibus.*

1 ERunt fortasse, qui etymologiam † mutui hoc loco traditam, irridendam putabunt: nec omnino abs re ut videtur. Nam si ex eo mutuum appellatum est, quod de meo tuum fiat, ut Paulus scribit: ubicunque de meo tuum fiet, recte dicetur mutuum: ut in quibus eadem ratio est nominis, idem nomen admittatur. Neque enim incertum est, quæcunque certa aliqua de caussa inducuntur, ea ubique locum habere, ubi ea ratio locum habet, arg. in *L. privilegia*, *L. in omnibus caussis id observatur*, *infr. de reg. jur.* valetque id præcipue in nominibus quæ cum rebus consequentia esse debeant, ut bene monet Iustinianus in §. *est et aliud*, *Inst. de donation.* par est, ut in quibus res eadem est, unde nomen ducitur, ea quoque eodem nomine appellentur. Ista ratione ergo permutatio, donatio, atque adeo legatum dicetur mutuum: quia in his omnibus de meo tuum fit: quæ tamen mutuum nec esse, nec dici constat, neque eorum modorum aut contractuum quemquam, ex quibus rem meam in alium transferam, præter eum, quem nunc mutuum appellamus. Et quidem ego itidem irridendam putarem etymologiam istam mutui, si ex una tantum parte contrahentium, dantis nimirum, ita mutuum appellatum intelligeremus. Sed si ab utraque parte ita dici intelligimus, et eum qui accipit, ita dicere interpretamur, *de meo tuum tibi do*, ut *tuum* intelligat, quod ante a te accepit: sine dubio constabit etymologia, neque in ullum alium contractum quadrabit, quam mutuum. In donatione de meo tuum facio, sed non item contra tu de tuo meum; in permutatione facit uterque, quo possit dicere, de meo tuum fit, cum uterque det, et vicissim accipiat; sed qui accipit, dat aliud, neque potest ita dicere, en tibi do, quod sit tuum illud, quod prius accepi. At in mutuo sic utrinque de meo tuum fit, ut qui reddit, solus vere possit dicere, en tibi de meo facio, quod sit tuum: tuum, inquam, ἐμφατικῶς, non quod jam tuum esse incipiat, quia sit dominii tui; sed tuum illud, quod prius a te accepi: ex quo est omnino nomen mutui. Idque ita esse declarat usus Latine loquentium, qui voluntates, quæ accipiuntur, et pares redduntur; item officia, quæ accipiuntur, et vicissim redduntur, appellant mutuas voluntates, mutua officia, ut pene diserte interpretatur Cicero *Lib.* 1. *epist. ad familiares*, *epist.* 5. At hoc si intelligeret Paulus, exprimeret, dicet aliquis, ne quis esset errori locus, non rem incertam relinqueret. Siquidem etymologiam ex professo traderet, exprimere debuit. Sed observandum est hic illi propositum fuisse, non etymologiam verbi tradere, sed ostendere non esse mutuum, ubi is qui rem tradit, dominium non transfert. Ad quod demonstrandum satis habuit id sumere, quod ad eam rem conducere videbatur: id autem erat, si intelligeretur mutuum, saltem ex parte dantis appellatum esse, quod de meo tuum fiat: quo admisso non est progressus longius. Quod ad rem attinet, hoc statuit, si de meo tuum non fiat, nullam condictionem nasci: quia videlicet mutuum non sit, neque propter ea alia obligatio contrahatur.

Id tandiu verum est, quandiu res aliena data aliena manet: quod si accipientis fieri cœperit, mutata ratione † placet con- 2
firmari mutuum, et exinde nasci danti condictionem. Id autem duobus casibus contingit: uno, si res mutuo data usucapta sit ab eo, qui accepit: et in totum probandum est, quisquis rem suam dando eo nomine condictionem habet, eum et rem alienam dando condictionem nancisci, simul atque res ab accipiente usucapta fuerit: *L. si alienam*, *infr. de donat. caus. mor.* quodammodo enim transtulisse dominium videtur, qui ejus nanciscendi caussam dedit, ut et alias damnum dedisse dicitur, qui

qui ejus damni caussam præbuit. *L. qui occidit*, *§. ult. supr. ad leg. Aquil.* Alter casus est, si nummi mutuo dati ab eo qui accepit, consumpti fuerint: hoc quidem casu nasci condictionem certum est: Et Julianus in *L. non omnis*, *§. si pupillus*, *infr. eod.* hanc rationem reddit, quasi nummi videantur ad eum pervenisse, idest, illius esse facti: quod si verum est, *L. si a furioso*, *et L. seq. L. non omnis*, *infr eod.* at quamobrem, ut hæc species ad propositam definitionem referri debuerit? neque enim si is qui accepit, consumpsit, ideo nummi illius facti videntur. plane hæc species ad hunc locum pertinet: de qua ratione amplius ad *L. rogasti*, *§. ult. et d. §. si pupillus*, *infr.*

Ad §. Creditum ergo etc.

Creditum ergo a mutuo differt, quo genus a specie. Nam creditum consistit extra eas res quæ pondere, numero, mensurave continentur, sicut si eandem rem recepturi sumus, creditum est. Item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia. Creditum autem (fit) interdum, etiam si nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur. In mutui datione oportet dominum esse dantem: nec obest, quod filiusfamilias et servus dantes peculiares nummos obligant. Id enim tale est, quare si voluntate mea tu des pecuniam, nam mihi actio acquiritur, licet nummi mei non fuerint. Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione.

S U M M A R I A.

1. *Mutuum species a credito quibus rebus differat.*
2. *Creditum pro mutuo non raro.*
3. *Adventiciæ pecuniæ filiusfa. dominus non est.*
4. *Peculiares nummos dando servi et filiifam. mutuos efficiunt, sine alia peculii libera administratione.*

Ex iis quæ de mutuo dixit Paulus, colligit creditum a mutuo ita differre, ut creditum generis nomen sit omnes contractus continens; mutuum crediti species: et recte ex præcedentibus colligit. Apparet enim ex his mutuum multas res desiderare ad obligationem, quæ non item desiderantur in contractibus aliis: quæ res aperte declarat, mutuum speciem contractus esse a ceteris ita distinctam, ut de his mutuum dici non possit. At in omnibus creditum est, etiam si quid desit earum rerum, quibus mutuum continetur: id quod earum rerum enumeratione planius ostendit.

In mutuo hæc spectantur: res quæ mutuo dantur; finis dandi, restituendique; traditio rei; dominii translatio; consensus
1 atque conventio. Totidem ex rebus † docet creditum genus esse, mutuum speciem: cum sive hæc omnia concurrant, sit creditum; sive quid eorum absit, possit etiam esse creditum, mutuum esse non possit. Mutuum non contrahitur, nisi in iis rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant: cæteræ res ut deberi possunt ex aliis contractibus, ita ex his creditæ fieri possunt. Mutuum non datur, nisi hac lege, ut aliud reddatur: res quævis sic dari potest, ut eadem restituatur, sitque hoc modo credita: ut in commodato, deposito, locato, pignore accidit. Mutuum non contrahitur, nisi re accipienti tradita: at quidvis ex cæteris generibus contractuum nobis deberi potest, quanvis a nobis nihil profectum fuerit: veluti ex stipulatione, et empto, vendito, societate, mandato, et similibus. In mutuo dantem dominum esse oportet: in innumeris contractibus sic re tradita nascitur obligatio, fitque hoc modo creditum, ut nihil referat, utrum qui tradit, dominus sit, necne, ut fit in commodato. *L. commodare*, *et L. seq. infr. commo.* proinde et in deposito multo magis. Postremo in mutuo nunquam conventio sola, aut verba alium obligant: at etiam verbis credimus: quod fit in stipulatione, ex qua ut verbis promissum debetur, ita et creditum fit. Creditum igitur genus, ut est propositum: huic generi subjectæ innumeræ species, ex quibus est mutuum.

Sed hæc de significatione crediti ex vi et origine verbi, tum vulgari usu dicta
2 sunt: cæterum obtinuit † hic quoque usus, uti et in aliis multis, ut commune verbum ad speciem transferretur, usurpareturque non raro pro mutuo; ut in his locis *L. 1. L. 4. infr. de Sen. Mac. L. quod si minor*, *§. pen. L. 1. §. 1. supr. de minor. §. 1. supr. hac leg. L. singularia*, *et L. seq. infr. eod.* Quod factum per excellentiam nominis videtur: quia plus nescio quo modo in mutuo credimus aliis, quam in cæteris contractibus omnibus. Nam in mutuo non credimus pecuniam alienam, sed nostram, et quidem a nobis perfectam: neque credimus ejus rei usum et possessionem tantum, sed rem totam, ejusque rei dominium in accipientem transferimus, dum usum volumus transferre, quod nullo alio in contractu fieri reperiemus.

Veluti si post nuptias dos promittatur) Dixerat ex aliis contractibus, quam mutuo pecuniam creditam fieri posse, etsi a nobis nihil proficiscatur in eum, cui credimus: et addit, *veluti si post nuptias dos promittatur.* Recte *post nuptias*: nam ante contractas si mulier dotem promittit, exemplum non congruet. Primum ante nuptias non obligabitur ea promissione, cum omnis promissio dotis hanc conditionem habeat, si nuptiæ sequantur. *L. stipulationem, infr. de jur. dot.* Etsi autem nuptiis secutis jam plane incipit mulier obligari, eoque modo fieri pecunia illi credita: non tamen hoc ita fit, quin prius a marito in uxorem aliquid et multum proficiscatur: is enim uxorem ducendo se quodammodo totum illi tradit, et illam omnis juris divini et humani sociam et consortem facit. *L. 1. infr. de rit. nupt. L. 1. infr. de act. rer. amot.* Quod si ponemus dotem promitti post nuptias; conveniet exemplum, sive fingamus ab uxore dotem promissam marito, sive a marito uxori, dum intelligamus promissam ab uxore post nuptias contractas, a marito autem post dissolutas. Uxor si nuptiis contractis dotem promittit, non eo minus obligatur. *L. ad exactionem, C. de dot. pro.* Atqui hoc casu nihil in illam maritus confert, aut ante contulit, ut dotem acciperet: neque vero etiam conferet postea: jam enim illam uxorem duxit: neque potest iterum ducere. Maritus quoque soluto matrimonio recte promittit se restituturum certam summam dotis acceptæ nomine, quanvis ab illa nihil acceperit, et nihilominus obligatur. *L. si divortio, infr. de ver. obl.* Id non fieret, si maritus constante matrimonio idem promitteret: ubi ea promissio haberet donationem: quod genus inter virum et uxorem non valet, sive quid tradatur, sive promittatur. *L. 3. §. sciendum. infr. de don. int. vir. et uxor.*

Nec obest, quod filiusfamilias) Objectio est hujusmodi: filiusfamilias et servus nummorum peculiarium domini non sunt: et tamen dantes nummos peculiares obligant, intellige accipientem, nempe ex mutui caussa, et ita mutuum contrahunt, unde illa obligatio: ergo in mutui datione non necesse est dominum esse dantem, quod Paulus posuerat. Respondet ille non obesse exemplum, quia tale id sit, quale si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi acquiri actionem, licet mei nummi non fuerint. Significat hoc responso priora duo quæ sumuntur, vera esse: sed non recte colligi ex his, eos qui dent mutuum, posse aliquando non esse dominos: quoniam in hac quoque specie domini fuerint, qui dederunt. Cum enim filiusfamilias aut servus nummos peculiares mutuos dant, hoc ipso quod peculiares sunt, patris et domini voluntate mutuos facere intelliguntur. *L. quod servus*, 35. *infr. de sol.* Porro nihil interest, ipse dominus tradat alicui rem suam, an alius ejus voluntate, ut videatur ipse dominus dedisse. *L. qua ratione*, *§. hæ quoque*, *infr. de acq. rer. dom.* quod et in hoc genere mutui respondetur in *d. L. quod servus*, *in fin. de sol.* Et ad hoc exprimendum bene id tale esse dicit, quale, si tu voluntate mea des pecuniam mutuam Titio, quæ tua sit, non mea: nam et hic mutuum contrahitur ita, ut mihi Titius obligetur, quanvis ante dominus non fuerim: sed et hoc non alia ex re accidit, quam quod cum tu das voluntate mea, continuo res mea fieri, et a me proficisci intelligitur: ut hic quoque verum sit eum qui dat, et cum quo mutuum contrahitur, dominum esse: de quo postea ad *L. certi*, *§. si nummos*, *infr.* Quod significat Paulus filiumfamilias et servum dominos non esse nummorum peculiarium, etiam nunc est verissimum De peculio servorum jus certum est, et perpetuum. *§. item vobis*, *Inst. per quas pers. nob. acq.* Certum item et in filiifamilias peculio profecticio. *§. 1. Inst. eod.*

De adventitio potest hodie dubitari propter constitutiones, quibus adventitiorum proprietas filio tribuitur, usufructus tantum patri. *L. cum oportet*, *C. de bon. quæ liber.* Sed vel hac ipsa de caussa † num- 3
mi peculiares, quanvis adventitii, non sunt filii-

filiifamilias: nam in usufructu, pecuniæ et ceterarum rerum, quæ usu consumuntur, ut vini, olei, frumenti, hoc servatur, ut proprietas transferatur ad fructuarium, quo possit his utendo eas consumere. *L. si vini, supr. de usufr. ear. rer. quæ us. cons.* Quanquam etsi in his etiam proprietas filio acquireretur, tamen ut est conditio omnis peculii adventitii, sic acquireretur, ut is peculii, cujus ususfructus esset patris, alienationem non haberet, quæ filiisfamilias est interdicta. *L. ult. §. pen. ver. filiis autem, C. de bon. quæ lib.* quod ipsum eo rem adduceret, ut nec videretur filius esse peculii dominus, cum de rerum alienatione ageretur.

Quod ait Paulus simpliciter filiumfamilias, et servum dantes peculiares nummos mu-
4 tuum contrahere, vere † dicitur: ut intelligamus vel hoc ipso, quod ex peculio suo, seu peculiari nomine tradunt hoc animo, ut nummi ex caussa mutui transferantur, mutuum contrahi: et quidem ita, ut qui accepit, his solvendo liberetur; non secus, quam si his a patre dominove jussus solvisset. *L. fugitivus, in fi. L. si servus, L. quod servus, infr. de sol.* Id, ut dixi, voluntas patris et domini facit: hi enim dum peculium concedunt, verbo peculii hoc concedunt, ut filius, et servus id tanquam proprium patrimonium habeant: *§. actiones autem, Inst. de act.* proinde hoc saltem, ut tanquam boni patresfamilias peculium exerceant, itaque etiam ut pecuniam mutuam dent, ne maneat apud eos otiosa: cæteris in rebus alienationem permutationemve non habent, quæ non est necessaria, nisi libera peculii administratio his concessa sit. *L. contra, §. si filius, supr. de pact.*

Verbis quoque credimus: veluti stipulatione) Exempli caussa dixit, *veluti stipulatione*; quia olim non in stipulatione tantum verba necessaria erant ad contrahendam stipulationem, sed etiam, in aliis quibusdam caussis: veluti in dictionem dotis, et jurejurando, quo libertus patrono jurabat se illi donum, munus, operas daturum, ut est in Institutionibus, quæ dicuntur Caji, *tit. de oblig.* Sed hoc non eo pertinet, ut is etiam ex verbis nasceretur obligatio: id enim solum fit stipulatione: unde et hujus solius propria ea, quæ dicitur obligatio verborum, ut docui ad Tit. *de verb. oblig. in pr.*

Ad L. Cum quid mutuum, etc.

Pompon. Libr. 27. ad Sabinum.

Cum quid mutuum dederimus, et si non cavimus, ut æque bonum nobis redderetur: non licet debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro vetere. Nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est. Id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum est.

S U M M A R I A.

1. *Cavere quid.*
2. *Mutuum an æque bonum reddendum sit, quæ dubitandi caussa.*
3. *Actum pro cauto habendum, quam verum sit: et præcipue in novatione, ob caussam dato, stipulatione.*
4. Pro Cauto haberi *aliud, quam haberi pro expresso.*
5. *In mutuo cautum, ut eadem bonitate reddatur, unde intelligatur.*
6. *In mutuo vino, oleo: et similibus rebus, auctæ æstimationis commodum, et imminutæ incommodum, ad creditorem pertinet, quandiu hæ reddentur eadem mensura sua die, aut sine die ante litem contestatam.*
7. *Mutuum eadem bonitate, non eadem æstimatione reddi oportere, et quid æstimatio a bonitate rei differat.*
8. *Mutuum minore æstimatione reddi, quam datum est, non iniquum.*
9. *Nummi mutuo dati eadem æstimatione reddendi, et cur hic a reliquis rebus mutuo datis differant.*
10. *Nummis mutuo datis licet pecuniam in aliam formam reddere.*
11. *Nummorum æstimatione postea aucta sufficit ea æstimatione reddere, quæ fuit, cum mutuo dati sunt.*
12. *Nummorum æstimatione postea imminuta, reddi debent ea æstimatione, quæ fuit, cum mutuum datum est.*
13. *Vinum vetus præstare novo, quomodo accipiendum.*

Constat quod mutuo datum est, id eadem quantitate, et ejusdem generis reddi debere: de quo dictum est initio *L. præcedentis.* An etiam æque bonum reddi debeat: etsi de eo nihil aperte cautum sit, quæritur: de quo hoc loco. Non am–

ambigitur, quid in eo servari oporteat, si nominatim hac lege mutuum datum sit, ut eadem bonitate redderetur. Certi enim juris est, in traditionibus rerum quodcunque pactum interpositum sit, id valere. *L. in traditionibus*, *supr. de pact.* Solum hoc habet dubitationem, an et tunc eadem bonitate reddi debeat, cum de eo nobis non caverimus; ac propterea de eo hæc ipsa conditio hoc loco expressa est, atque his ipsis verbis: sic enim loquitur Pomponius, *etsi non cavimus, ut æque bonum nobis redderetur*: ubi hoc dicere intelligendus est, etsi de eo nihil in mutuo dando dictum sit, nihil convenerit.

Nam ut hoc de verbo *cavendi* initio moneam, quia eo verbo non semel Pomponius hic utitur, et ad reliquam sententiam loci intelligendam in primis pertinet,
1 cavere † generaliter est sibi prospicere adversus periculum aliquod, quod metuatur in re aliqua, ne in id incidamus. *L.* 3. *in pr. supr. de transact.* Id fit in proposito, cum mutuum dantes, nominatim de bonitate rei exprimimus, paciscimurque, ut æque bonum nobis reddatur: nam hoc prætermisso potest dubitari, an mutuum eadem bonitate reddi debeat: neque enim omnes sunt periti juris, aut omnes naturam cujusque negotii vident. Atque hæc dubitatio periculo non vocat, cum in rebus obscuris sæpe aliud aliis videatur: et ut nihil sit aliud, certe omnis dubitatio lites parit. Ita fit, ut qui nominatim exprimit de ea bonitate, quia hoc facto sibi prospicit adversus periculum superioris dubitationis, ideo recte dicatur eo modo sibi, ut æque bonum reddatur, cavere. Est igitur hic *cavere*, dicere, et verbis nuncupare aliquid: ut et paulo post, cum dicit:*in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est*, illud *pro cauto*, valet pro dicto, et nuncupato, seu expresso. Quo intellecto redeo ad quæstionem, an quod mutuum datum est, æque bonum reddi debeat, etsi de eo nihil dictum sit, nihil convenerit.

2 Movet dubitationem, † quod in contractibus stricti juris nihil præstari oportet, nisi de quo aperte consensum sit, ut declaratur exemplo stipulationis in §. *ult. Instit. de oblig. ex cons. L. quidquid*, *infr. de verb. oblig.* Atqui hujus generis mutuum esse inter omnes convenit, ut quod non numeretur inter contractus bonæ fidei in §. *actionum autem*, *Inst. de act.* Quo fit, ut si in mutuo de bonitate rei reddendæ cautum, seu dictum non sit: ne id quidem quod mutuo datum est, æque bonum reddi sit necesse, dum sit ejusdem generis et naturæ, quod redditur, et reddatur eadem quantitate. Fuisse rem hanc controversam, in eaque controversia fuisse eam ambigendi caussam, quam dixi, lecto hoc responso dubitari non potest: cum Pomponius de re statuens, in eo sententiam suam accurata ratione confirmet: sit autem ratio ejusmodi, quæ ad superiorem illam objectionem diluendam non obscure referatur. Ergo de quæstione proposita ita ille statuit: mutuum quod datum est, non solum eadem quantitate et ejusdem generis reddi debere, sed etiam eadem bonitate, qua datum est; etiamsi de eo nihil cautum, dictumve sit, cum mutuum dabatur. Objectionem autem, quam diximus, ita diluit. Fatetur nihil ne in mutuo quidem præstandum esse, nisi de quo cautum sit: sed ut reddatur res eadem bonitate, id in mutuo hoc ipso, quod mutuum est, sine alia conventione satis caveri ostendit hac ratione: quoniam, inquit, *in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est: id autem agi intelligitur, ut mutuum ejusdem generis, et eadem bonitate solvatur, qua datum est.* Quæ duo si vera sunt, perspicuum est effici id, quod initio statui voluit, ut cum dederimus nihil præstandum esse, nisi quod cautum et conventum est, tamen vel ob hanc ipsam caussam eadem bonitate mutuum reddi debeat. Hic apparet contineri hoc responsum argumentatione suis partibus constante: quarum in singulis cum sit, quod explicatione indigeat, commode de toto responso ita dicetur, si ordine singulas, ut fert ratio argumentationis, expendemus. Est igitur hæc propositio argumentationis, unde et pendent cætera; *in contrahendo* † 3
quod agitur, pro cauto habendum est: ubi id *quod agitur*, sic accipiendum est, quod cogitatum, et de quo sensum est a contrahentibus ita, ut non sit expressum. *L. qui cum*, §. *ult. in pr. et fi. supr. trans. L. eum qui Calendis*, *in pr. infr. de verb. obl.* Sed videamus, ne hæc sententia falsa sit: quod exemplo novationis, rei ob caussam datæ, item stipulationis videtur liquido demonstrari posse. Nam de novatione in *L. ult. C. de novat.* ita cautum est: ne posteriore stipulatione de eadem re interposita videatur fieri novatio, nisi nominatim dictum sit novationis caussa posteriorem interponi: neve unquam deinceps ad conjecturas ejus, quod verisimile sit actum esse, recurratur. De re ob caussam data ita traditur in *L. si repetendi*, *C. de cond. ob cau. dat.* nihil videri ob caussam datum;

tum, ubi nominatim caussa, de qua sensisse nos dicimus, non sit adjecta. Ne autem certa et generalis definitio desideretur in hoc genere, de stipulatione ita definitum est in *L. quidquid*; *infr.* de ver. obl. *quidquid astringendæ obligationis caussa est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum esse.* Sed nihil verius, quam *in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum esse*: neque hoc usquam in alio ullo contractu frequentius traditum legimus, quam in stipulatione. Quid est enim aliud, quod toties traditur, quodque adeo regula juris comprehensum est, semper etiam in stipulationibus sequi nos, quod actum est? *L. semper in stipulationibus, infr. de reg. jur. L. ubi, infr. de reb. dub. L. eum qui Calendis, infr. de ver. obl.* Sequimur enim ideo, quia pro cauto habetur seu ideo, quia perinde est, ac si verbis stipulationis nominatim comprehensum esset. Neque hoc de eo, quod apertis verbis stipulationis actum est, solum accipi debet; sed maxime de eo, quod tacite actum est: ut declaratur exemplo *d. L. eum qui Calendis, infr. de ver. obl.* ubi in eo qui stipulatus erat dari Calendis, nec adjecerat, quibus, placet non ideo vitiari stipulationem; sed si non appareat de quibus senserint contrahentes, primas Calendas esse spectandas, quæ tamen appellatæ non sint, quasi de his actum sit: quod si ipso die Calendarum quis stipulatione interponat, actum videri de sequentibus Calendis. Sed quo dicitur, *id quod agitur*, etiam sine aperta conventione *pro cauto habendum esse*, quoniam dicitur de eo, non quod dicitur tantum agi, sed quod re vera agitur, hanc conditionem omnino continet, si modo etiam id agi intelligatur, ut de eo possit in judicio constare: nihil enim prosit actori aliquid factum esse intendere, si adversarius neget, nisi probetur: cum actore non probante reus absolvatur. *L. 2. infr. de prob. L. qui accusare, C. de eden.* Quare sicubi id intelligetur ex conditione rei de qua agitur et more hominum in hujusmodi negotiis usitato; hic recte dicetur id quod constet ita actum, pro cauto habendum esse, atque hoc modo sequendum. Sin quod dicitur actum esse, ejusmodi est, ut natura rei gestæ non possit probari: necessario hic eveniet, ut si verbis omissum fuerit pro cauto haberi non possit: non quia aliquid quod in contrahendo actum sit, non habeatur aliquando pro cauto; sed quia quod tale est, non videatur esse actum, quia non probetur: ut merito hic locum habeat illud Pauli ex *L. duo, infra, de test. tut.* non deficere hic jus, si quidem de eo, quod dicitur, constaret, sed deficere probationem: quod eo rem adducit, ut perinde sit, quasi nihil actum esset etiamsi actum fuisse proponatur. Ut autem non possit intelligi sine verbis et aperta conventione id *quod agi* dicitur, accidit in his tribus generibus negotiorum, quæ supra commemoravi, quia nulla certa eorum negotiorum natura est, ex qua id possit verisimiliter conjici. Ea res facit, ut quod hic agi volemus, nisi de eo aperte verbis cautum sit, pro omisso habeatur: non ut verbis omissum; sed tanquam nec actum. Nam ut respondeam ordine de singulis, stipulatio posterior de omni obligatione præcedenti interponi potest non tantum novationis caussa, sed etiam non novationis caussa: ut appareat natura posterioris stipulationis de animo novandi nihil contineri, nihil probari. Itaque non abs re constituit Justinianus, ne ea stipulatio novationis caussa aliter facta putaretur, quam si ea gratia illam interponi nominatim cautum esset. Si de eo, quod datur, quæritur, quidvis dari potest et donationis caussa, et ob caussam, idest, ut quid fiat, aut detur: sed et caussæ, ob quas quid detur, innumeræ et longe dissimiles esse possunt: non igitur continetur natura dandi, ut quod datum est, existimetur ob caussam datum esse; multoque minus ob hanc aut illam caussam. Quod ad stipulationem attinet, constat nullam certam esse naturam, ut quæ de omni negotio proposito interponi possit, et soleat: *L. 5. §. conventionales, infr. de verb. obl.* eo ad id quod continet declarandum, verba desiderat. Re autem aliqua semel verbis stipulationis comprehensa, si quid erit in ea ambigui aut obscuri, deinceps quid in eo acti sit conjecturis cuique rei et negotio convenientibus explicatur, ut fit in eo, qui stipulatus est dari Kalendis, nec adjecit quibus: in *d. L. eum qui Kalendis, de verb. obl.* ubi ex fine omnibus contrahentibus proposito respondetur primas esse spectandas, ne nihil videantur contrahentes egisse: quod alioqui futurum fuerit. Non eadem caussa est mutui: hujus certa est natura, quæ ipso verbo mutui demonstratur: ex ea quid de bonitate rei reddendæ agatur, potest existimari: ideo et de eo cautum intelligitur, de quo mox in explicatione assumptionis. Illud fortasse alicui non temere contrarium videbitur, quod regula juris traditum est, expressa nocere, non expressa non nocere: *L. expressa, infr. de reg. jur.* non enim regula ad supremas tantum volun-

tates pertinet, ad quas eam pertinere constat: *L. nonnunquam*, *infr. de cond. et dem. L. si quis Sempronium*, *infr. de her. inst.* sed etiam ad contractus: hinc enim est, quod placet illam stipulationem esse inutilem, *si volueris*, *dari*; hanc utilem, *cum volueris dari*. L. centesimis, §. *ult. infr. de verb. oblig.* Porro hac regula aperte declaratur, id quod expressum non est, quanvis de eo maxime actum sit, non idem tamen per omnia valere, atque id quod expressum est: quod significat non semper haberi pro expresso, seu non ita haberi, ac si expressum esset: alioqui et pariter noceret, uti ea quæ sunt expressa. Jam ergo videamus, ne contra dicatur in contractibus, cum ita definitur generaliter, in contrahendo quod agitur, quanvis non expressum, tamen pro cauto habendum esse: quid enim aliud est pro cauto haberi, quam haberi, pro expresso? quid est autem habere pro expresso, nisi perinde haberi, eodem loco esse, ac si expressum esset: proinde etiam et prodesse et nocere eodem modo?

4 Sed longe aliud est † pro cauto haberi aliquid, aliud deberi pro expresso, et quidem ita aliud, ut qui prius dicit, nihil minus dicat, quam id, quod agitur, expressi vim habere. Pro expresso haberi valet, idem efficere quod expressum: quod qui dicit, fateor hunc significare, id quod agitur pariter servari, idemque pariter et nocere et prodesse, uti noceret et prodesset expressum. Itaque si quis hoc diceret: non negem huic adversari illam regulam juris: *expressa nocent*, *non epressa non nocent.* At his verbis, *quod agitur*, *pro cauto habendum esse*, hoc exprimitur, habendum id quidem pro expresso, nam aliter nihil prosit: sed habendum hactenus, ut prosit tantum caventi, non etiam ut noceat. Cavere enim, prospicere est: nemo autem sibi prospicere intelligitur deteriorem conditionem suam faciendo, sed meliorem. Qui dicit id *quod agitur*, licet non expressum, ita pro expresso esse, ut non noceat: non modo nihil dicit regulæ juris contrarium, qua efficitur, non expressa non nocere; sed maxime idem confirmat. Sequitur assumptio argumentationis propositæ: *id autem in mutuo agi intelligitur*, *ut ejusdem generis et eadem bonitate solvatur*, *qua datum est.* Sed frustra hoc dicitur, nisi probatur.

Quibus igitur ex rebus id agi intelligemus, ubi de eo nihil verbis expressum est?

5 Tribus his † ex rebus: ex verbo mutui, quo utitur is, qui dicit se mutuo dare; ex rebus, quæ mutuo dantur; ex affectu et more hominum beneficia in alios conferentium. Ex verbo mutui: quia verbum id significat, quod ita a me tuum factum est, ut vicissim quod tuum est; fieri debeat non meum tantum, sed meum illud, quod a me accepisti: quod fieri non potest, nisi ita redditur, ut et genere et bonitate idem præstet. Ex rebus, quæ mutuo dantur: quia sunt ejusmodi, quæ in suo genere solutæ præstent tantundem: quod non alia de caussa quæsitum est, quam ut his reddendis hoc ipsum tantundem præstaretur creditori: id autem non fit, nisi eadem bonitate restituta. Ex affectu et more hominum hoc idem vel maxime perspicitur: quia in officiis conferendis ita omnes animo affecti esse solent, ut dum aliis prosunt, nolint officium suum sibi esse damnosum: hæc hominum consuetudo in interpretatione voluntatis contrahentium maxime spectanda et sequenda est. *L. si libertus ita*, *infr. de op. lib.* Recte igitur et vere dictum est in mutuo intelligi id agi, ut eadem bonitate reddatur. Quod si ita est, et verum est in contrahendo quod agitur, tam esse servandum, quam si de eo aperte convenisset: conficitur id, quod Pomponius primo loco posuit, mutuum quod datum est, non solum ejusdem generis, sed etiam eadem bonitate reddi debere propter conventionem. Sed quoniam prius dicit rem *ejusdem generis* reddi debere, quæri potest, cur adjiciat, *eadem bonitate*, seu non deteriorem debere reddi. Quid enim? dicat aliquis, potest res aliqua quae ex eodem genere sit, reddi deterior? potest: veluti, inquit, si vinum novum reddatur pro vetere: de quo exemplo nonnihil dicetur ad extremum. Hac sententia constituta, mutuum quod dedimus non solum ejusdem generis: sed etiam aeque bonum reddi debere; † non intempestive quæsitum est hoc loco de rei mutuo datae aestimatione, an quemadmodum in mutuo 6
rem quae ex eodem genere sit, eadem bonitate reddi oportet: ita reddi oporteat eadem aestimatione, qua datum est, non minore. Quod quidem ejusdem rationis esse videtur: nam si tum, cum de bonitate agitur, res reddi debet sine damno creditoris: consentaneum videri potest idem quoque et tunc statui debere, cum agitur de rei aestimatione. Hoc amplius haec ipsa rei aestimatio videri possit pars esse ejus bonitatis, quam hic spectari, et quam eandem reddi debere diximus. Sed hoc in vino, et similibus mercibus mutuo datis non placuit, ut intelligere licet ex *L. vinum*, *infr.*

infr. eod. Nam cum illic ita constituitur, si de vini mutuo dati aestimatione quaeratur, illius temporis aestimationem faciendam, quo vinum ex conventione solvi debet, aut nullo die constituto, ejus temporis quo lis contestata est: satis aperte declaratur caeterorum omnium temporum aestimationem non esse spectandam: certe quidem omnium confessione, non eorum, quae moram debitoris antecesserunt: in quibus praecipue est id tempus, quo mutuum datum est. Cui sententiae consequens est, quod et de imminuta vini aestimatione, et item de aucta hic sequamur. Propone ergo hoc modo. Duo dolia data sunt mutuo, cum valebant quinquaginta aureis: repetuntur, aut redduntur cum valent tantum viginti: quaero, an debitor ea aestimatione reddendo liberetur. Dicimus liberari, dum vinum reddat ejusdem generis, et eadem bonitate, si aut sua die reddat, aut nullo adjecto die reddat ante litem contestatam: quia aestimatio praecedentis temporis in quaestionem non veniat. Propone e converso. Duo dolia vini optimi Campani mutuo data sunt, cum valebant viginti: redduntur, aut petuntur eo tempore, quo valent quadraginta: quaero, an debitor debeat ea aestimatione reddere, quae nunc est. Dicimus debere, ut nihilominus tantundem et eadem bonitate debeat solvere. Quorum utrunque recte constituitur. Consideremus enim in mutuo quid debeatur: ex eo et quid solvi oporteat, et cujus rei solutione debitor liberetur facile intelligemus. Et constat vino mutuo dato venire in obligationem non aestimationem vini, sed vinum ipsum: nempe ut reddatur tantundem ejusdem generis, et eadem bonitate. *L. 2. supr. Inst. quib. mo. re cont. ob in pr.* Reddat igitur debitor vinum isto modo: consequens erit dicere eum ita solvendo liberari contempta omni praeteriti temporis aestimatione, quantumvis multo major fuerit, cum mutuum dabatur, quam nunc est, cum redditur: quia scilicet solvit, quod debuit, et regula juris hoc efficit, solutione ejus quod debetur tolli obligationem. *Inst. quib. mo. tol. obl. in pr.* Rursum non reddat debitor vinum eadem mensura, aut eadem bonitate, qua datum est, quia forte longe nunc majore sit aestimatione, cum redditur, et nolit majore reddere, quam acceperit. Dicemus eum non liberari, quantacunqne sit praesens aestimatio: quia vinum debuerit eadem mensura, qua datum est, non vini dati aestimationem: unde et necessitate ejus, quod debuit, solvendi obstringatur, ut est definitio obligationis. *Inst. de obl.* Quae etsi certa juris ratione constant; non desunt tamen, quæ dicantur adversus priorem illam partem, qua volumus licere debitori vinum quod mutuo acceperit, minore æstimatione reddere, quam tum fuit, cum datum est, si vini æstimatio imminuta fuerit, quæ paucis diluemus. Ac primum objicitur hic locus, in quo de mutuo eadem bonitate reddendo cavetur.

Si æstimatio rei bonitas est, aperte et hic de eadem æstimatione reddenda præcipitur. Si non est: tamen videtur ejusdem rationis esse, ut si eadem bonitate res reddi debet, debeat reddi et eadem æstimatione. Dici non enim potest eandem bonitatem ideo exigi, ne creditor aliquid damni ex mutuo sentiat. Si valet hæc ratio in rei bonitate, valeat et in æstimatione, in qua non minus damni futurum est creditori, si res minore æstimatione reddatur. *L. illud. supr. ad leg. Aq.* Dicendum est † neque æstimationem rei mutuo datæ in parte bonitatis numerandum esse, neque ut ipsa reddatur, eadem ratione contineri. Bonitas cujusque rei in re ipsa est, nec accersitur aliunde, sed inest in re quaque natura: ideo nec hominum opinione aut æstimatione mutatur. Rei æstimatio extra rem, hominum judiciis et arbitrio constans, non natura: et quidem ita extra rem, ut nec æstimatio ex bonitate pendeat: alioqui diceremus quæ vina eadem bonitate essent, eadem quoque æstimatione semper esse: quod longe aliter accidit: nam quod vinum æque bonum hodie pluris est, cras erit minoris, et contra. Augetur et minuitur istarum rerum aestimatio ex ipsarum copia aut inopia; non bonitate rei efficitur. Bonitas rei certa est, et quandiu res integra est, non variatur. Æstimatio rei etiam in eadem bonitate rei est incerta, et per singula fere momenta variabilis. Non igitur aestimatio rei bonitas rei est, aut ullam partem bonitatis continet. Sed nec cum de his reddendis agitur, recte ista inter se comparantur. Eadem bonitate reddi debet, quod datum est, non ne aliquo afficiatur incommodo creditor: alioqui quodcunque damnum passus esset, quia mutuum dedit, id ei praestandum esset; Sed quia actum est, ut redderetur quidem sine incommodo, hactenus tamen: ut redderetur solum quod datum est, non amplius: unde et bonitas rei conventione hac continetur, quia cum insit in re, etiam una cum re accepta est; non continetur aestimatio, quia haec cum nulla ratione cum re conjungatur, non est accepta.

Oc-

Occurrit praeterea rei aequitas certis regulis juris confirmata: nam hoc quidem priusquam æquum esse constat, nemini officium suum esse damnosum *L. si servus*, *§. quod vero*, *infr. de fur.* Perspicuum est autem damno affici creditorem, si vinum quod vendere potuit quadraginta aureis, cogatur recipere tunc, cum si velit, non possit vendere nisi dimidio minoris, et tamen aut vendere cogatur, aut vinum amittere, quia futurum sit, ut corrumpatur. Quare aut vinum eadem æstimatione reddi, aut damnum imminutæ æstimationis illi præstari æquum est. Et negari non potest non sine damno creditoris interdum contingere, ut imminuta vini æstimatione
8 id reddatur. Sed non † ideo iniquum; qua æstimatione nunc est, cum redditur, ea æstimatione præstari, nec quidquam præterea: hac enim lege mutuum datum est, ut debitor idem in genere redderet, dum eadem mensura et bonitate, non ut redderet æstimationem: æquum est hanc conventionem illi servari, quod et edicto de pactis efficitur. *L. 1. L. juris gentium*, *§. ait prætor*, *supr. de pact.* Idque eo est æquius, quod si crevisset vini æstimatio, nihilominus debitor eadem mensura et bonitate vinum reddere deberet. Non debet creditor moleste ferre incommodum minutæ æstimationis, ad quem auctæ commodum pertinet. Quinimo secundum naturam est incommoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur commoda, et contra: et ita in emptione ex hac regula servatur. *L. 2. §. sicuti*, *infr. de her. vel ac. ven. §. cum autem*, *Inst. de em. et ven. L. secundum*, *infr. de reg. jur.* Non obstat, quod dicitur iniquum esse, damnosum esse cuiquam officium suum: hoc enim de invito dictum est, et eo cui damnosum esse velimus qræterquam quod ipse admittat: cæterum volenti et consentienti nulla dubitatio est, quin possit esse damnosum: licet enim unicuique de re sua statuere: ut velit, et quovis modo, ac maxime paciscendo deteriorem conditionem suam constituere: *L. pactum supr. de pact.* idque fit sine injuria et fraude cujusquam: cum non intelligantur fraudari, qui consentiunt. *L. nemo videtur*, *infr. de reg. jur.* Quid, quod creditori licuit etiam totum donare? Atqui ita est mutuum, ut qui dat, velit rei datæ usu carere, quem in alium conferat: id agat etiam, ut qui acceperit, non eandem æstimationem quandoque reddat, sed rem ejusdem generis et bonitatis, ut ita reddendo liberetur. *Inst. quib. mo. re cont. obl.* Nihil minus igitur, quam iniquum, hoc ita adversus consentientem servari, etsi ex ea re aliquod ei esset incommodum. Rursum dici potest hoc ipsum, non reddere mutuum eadem æstimatione qua acceperis, alia ratione esse iniquum. Natura hoc æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. *L. nam hoc*, *infr. de con. ind.* At debitor duobus doliis acceptis quæ valebant quinquaginta, ad eam usque summam locupletior factus est. Sive enim id vinum tum vendidit, tantum pretium est consecutus: sive non vendidit, tamen quia emere coactus esset, et tantam pecuniam in eam emptionem impendere, hoc ipso hactenus locupletior est, quod non est pauperior factus. *L. in pupillo*, *ver. plane*, *infr. de sol.* Iniquum igitur illum mutuo accepto locupletiorem fieri cum damno creditoris: quod fiet, si creditor ea æstimatione carebit, quam si vinum non dedisset, potuisset consequi aut vendendo, aut aliud tanti non emendo. Proinde et hanc æstimationem videtur debitor illi præstare debere. Hic duplex defensio est. Primum non videri jacturam aut damnum pati eum, qui volens id faciat. *L. quod quis*, *d. L. nemo videtur*, *infr. de reg. jur.* id autem in mutuo contingere ei creditori, qui sponte rem suam a se abdicet, ejusque usum et commodum in alium transferat, contentus idem genus postea recipere. Deinde quod diximus de illa sententia, nulli debere officium suum esse damnosum, hoc idem valere in hac etiam: æquum esse, neminem cum alterius jactura fieri locupletiorem: nempe et hanc ita debere accipi, si quis locupletior fiat cum jactura alterius inviti, cum volentis. Quin enim possit quisque tantum liberalitatis in alium conferre, quantum velit, non dubitatur, ut satis declaratur argumento donationis: *L. 1. infr. de do. Inst. eod.* nec vero quidquam magis naturale existimatur, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi. *§. per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Summa ergo hæc erit in vino, frumento, oleo, et similibus mercibus, cum quid ex his mutuum datum est, nihil amplius deberi, quam tantundem ejusdem generis et bonitatis: æstimationem cum bonitate nihil commune habere: hinc fieri, ut ejusdem generis vinum, aut oleum, et eadem mensura reddi debeat, quanvis quod redditur, sit majore æstimatione, quam tum, cum acceptum est: et contra debitor tantum reddendo liberetur, quanvis sit æstimatione minore: ut breviter dicendum sit in his rebus mutuo datis et auctæ æstimationis com-

commodum et imminutæ incommodum ad creditorem, non debitorem pertinere, quandiu hae sua die reddentur, aut sine die ante litem contestatam. Sed haec, inquam, de vino dicta sunt, et similibus mercibus, quae scilicet naturali bonitate constant, ut oleo frumento.

9 Diversa caussa est † pecuniae numeratae: non quod et hac mutuo data non debeat reddi res ejusdem generis, et ejusdem bonitatis, ut in caeteris omnibus, in quibus mutuum consistit: alioqui definitio hujus loci falsa sit; sed quia in pecunia numerata non debet idem genus accipi, quod in caeteris rebus, multoque minus eadem bonitas: ut propterea jus in illis supra expositum hic sequi non possimus. In caeteris rebus res a sua aestimatione ita differt, ut nihil sit magis contrarium: differunt enim ut inter se relata, quorum unum nunquam potest esse alterum: eo fit, ut res in illis reddenda sit, quae mutuo data est, quamvis nunc multo sit pluris, quam tum fuit; et quamvis eviluerit, tamen cum res sola fuerit in obligatione, debitor rem solam solvendo liberetur, nec necesse habeat addere, quod deest praecedentis temporis aestimationi, quam non debuit. Sed et bonitas rei, quae in vino et similibus mercibus inest natura, nihil commune habet cum harum rerum aestimatione, qua extra rem est: proficisciturque magis ex earum copia aut inopia, quam ex bonitate, ut supra diximus: ut consequens sit, dum res mutuo data reddetur eadem bonitate, qua data est, non esse necesse eam reddere eadem aestimatione: et in summa nihil ad rem pertinere praecedentem rei aestimationem, ut vel hanc debitor cogatur praestare, vel hanc ultro solvens liberetur. In pecunia numerata, et nummis longe aliter res habet. Pecuniae numeratae vis omnis, et bonitas, substantia adeo ipsa est in ea aestimatione, quæ cuique nummo certa nota percusso publice est indita, nec quidquam est nummus, nisi id quod publice valet et quo æstimatur. Consistit enim non natura, sed hominum instituto et æstimatione. Horum utrumque eleganter demonstrat Paulus in *L. 1. infr. de contrah. empt.* constare quidem nummum hominum æstimatione declarat his verbis: *electa est*, inquit, *materia, cujus publica ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subveniret*: substantiam autem nummi esse in quantitate et ejus æstimatione docet his verbis, quæ sequuntur: *eaque materia forma publica percussa usum, dominiumque non totam ex substantia præbet, quam ex quantitate.* Exempli gratia, aureus solaris gallicus cum æstimatur 55. assibus Turonensibus, ut est loquendi mos in Gallia, non est orbiculus ille aureus certa nota constans, qui cernitur, et tractatur manibus; sed sunt 55. asses Turonenses, quibus æstimatur, quæque potestas est illi edicto principis attributa: et recte. Est enim unaquæque res id, quo consistit, seu quo fit, ut sit id quod est, et quo sublato esse desinat, quod est. Aureus autem ad hoc publice institutos, ut certam quantitatem reddat, præstetque in rerum permutationibus, consistit hac æstimatione; habetque ab ea, ut sit id quod est: ac detracta æstimatione non sit amplius nummus, nec a massa infecta ejusdem ponderis quidquam differat. Itaque nummi substantia non est in materia aut figura nummi, sed in æstimatione, quæ tamen materia et figura seu nota certa publice imposita indicatur. Multo magis nummi bonitas consistit in hac ipsa aestimatione: nihil enim amplius boni seu utilitatis habet nummus, qua nummus est, quam quod tanti valet, tantumque efficit in permutandis et parandis rebus. Quae si ita sunt, qui certos nummos accepit mutuos, non tam materiam illam et corpus signatum, quam aestimationem ejus corporis accepisse intelligitur, idest, eam quantitatem qua illud corpus quavis moneta minore aestimatur: nec intelligitur accepisse alia bonitate, quam ea, quae illa ipsa aestimatione continetur. Secundum hoc et quid pecunia accepta reddi possit, aut debeat, et qua aestimatione reddi, judicetur: sit autem res in his quaestionibus exposita.

Ac primum de re, quae reddi possit, quaero: Aurei nummi solares Gallici centum mutuo dati sunt. Licetne pro † his 10
aliam pecuniam, seu pecuniam in aliam formam reddere? Dicemus licere: et generaliter cum qui pecuniam cujuscunque modi accepit, aliam quamlibet ejusdem quantitatis recte reddere si velit, atque eo modo liberari: usqueadeo: ut pro aureis nummis recte reddat non solum argenteos, sed etiam aureos, dum modo reddat ad eandem quantitatem, probos, et locabiles: nempe quia reddit, quod accepit: acceperat enim eam quantitatem, quia aurei aestimabantur, et reddit eadem bonitate, quia eadem aestimatione; in hac autem bonitas nummi sita est. Etsi autem et definitio superior pecuniae, et definitionis ratio quam initio posuimus, satis hanc sententiam comprobat: tamen ne qua sit dubita-

bitatio aut de re, aut de ipsa definitione, operæ pretium erit, et sententiam hanc totam certis ac manifestis juris locis demonstrare. Videri ergo pecuniam eandem esse, quæ ex pecuniæ genere sit, etsi sit alia atque alia forma, dummodo sit ejusdem quantitatis seu æstimationis, declaratur aperte in *L. quæ extrinsecus*, *infr. de ver. obl.* in ea parte, ubi is qui stipulanti denarios, ejusdem quantitatis aureos spondet, dicitur obligari: hinc enim intelligitur idem respondisse eum, qui ejusdem quantitatis aureos, quamvis monetam alterius materiæ et notæ, respondet: nam aliud si respondisset, stipulatio esset inutilis. §. *præterea*, *Inst. de inut. stip.* Nec ad rem pertinet, quod qui aureos respondet; videtur amplius aliquid et melius respondisse: non enim sufficit melius respondisse, nisi idem respondeas, ut responsio congruat interrogationi. *L.* 1. §. *si stipulanti*, *L. inter*, §. *si stipulante*, *infr. de verb. obl.* Ut autem stipulanti denarios, ejusdem quantitatis aureos spondendo videatur quis idem respondisse, non aliter fit, quam si denarii sint ea quantitas, qua aurei æstimantur, et aurei item ea quantitas, qua similiter denarii æstimantur: ut sic concurrente utrinque eadem quantitate intelligatur eadem res in interrogatione et responsione versari. Quominus autem dubitemus etiam pro aureis nummis licere argenteos aut æreos, dummodo locabiles et ejusdem æstimationis reddere, facit *L. Titiæ amicæ*, *infr. de au. et arg. leg.* ubi auri pondo quinque legatis, respondetur aut aurum, de quo quæritur, præstari oportere, aut pretium auri, quanti comparari potest. In qua electione certi juris est fieri potestatem heredi pretium præstandi: est enim in hac disjunctione omni electio debitoris, utrum præstet: *L.* 2. §. *Scævola*, *infr. de eo quod cer. loc. L. plerunque*, §. *ult. inf. de jur. do.* proinde et hic in potestate heredis quamvis pecuniam præstare, qua aurum possit comparari. Si pro auro infecto pecunia quævis signata præstari potest ad eam quantitatem, qua aurum æstimetur: multo magis potest pro pecunia aurea debita, cujus multo certior est æstimatio, quam auri infecti. Quid quærimus amplius? exstat in *L. Paulus respondit*, *alias L. debitorem*, 99. *infr. de solut.* haec definitio: *Paulus respondit creditorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere*, *si ex ea re damnum aliquod passurus sit.* Quo responso contraria definitio haec exprimitur, si creditor ea ex re nullum damnum passurus sit, liberum esse debitori nummis certis acceptis reddere alios cujusvis alius formae, et creditorem cogendum oblatos accipere. Quodnam autem hic creditoris damnum esse possit nummis alia forma datis videamus. Non utique in eo, si argentei aut aerei nummi dentur pro aureis, dum qui dantur, publica aestimatione eandem quantitatem, atque eundem usum in rerum permutationibus praestent, ut supra probavimus; Sed si summa mutui sit magna, et minuta moneta reddita, nimium oneretur creditor; aut si peregre profecturo, vel peregre transportaturo reddatur exiguae quantitatis moneta, quae ad gestationem creditori sit gravis et onerosa, ut sine sumptu eam ferre non possit. Idem dixeris, si reddatur ea moneta, quae a proficiscente non possit collocari in iis locis, in quae cogitat eam deferre. Nunc quae contra dici possunt, expendamus. Et nimirum hic nobis objicitur illud, aliud pro alio invito creditore solvi non posse. *L.* 2. §. 1. *supr. eod.* quo significatur in caeteris rebus eandem speciem solvi debere, in mutuo idem genus, idest, rem ejusdem generis. Unde videtur effici nummis aureis mutuo datis nummos itidem aureos, et ejusdem notae reddi debere: rem nimirum ejusdem generis. Recte hoc concluderetur, si nummis aureis mutuo datis nihil hic aliud mutuo datum intelligeremus, quam materiam, et notam nummorum: sic enim fieret, ut quæcunque alia materia aut nota redderetur, intelligeretur reddi res alius generis. Nunc autem effectum est, quidquid datur, non materiam aut formam dari videri, sed nummorum æstimationem. Proinde qui hanc aestimationem reddit in quavis alia moneta, reddit quod accepit, certe idem genus, non aliud, et regulae juris satisfacit. Objicitur et illud, quod de bonitate hic scriptum est, ex quo haec collectio sumitur: Mutuum eadem bonitate reddi debet, qua datum est, idque ad res omnes pertinet, ut hic traditur. Non reddit autem eadem bonitate, qui pro auro reddit argentum, aut pro argento aes: nemo enim ignorat aurum praestare argento multis partibus, et argentum aeri: Non igitur licet pro auro argentum, pro argento aes reddere. Hoc argumentum eos fallit, qui in nummis materiam spectant, non aestimationem, ut fit in auro et argento adhuc infecto. Sed jam dixi, et verum est, in moneta omni non materiam esse spectandam, sed aestimationem, et eum usum, ad quem praestandum moneta cujusque notae publice constituta est. Certe

te non tunc materiam nummorum spectare oportet, cum de eorum bonitate agitur: haec enim solida in eorum aestimatione posita est, cum ad eam rem unam parati sint, et ad hac unam sint utiles, ut eam quatitatem praestent, quae illis publice est indita. Quapropter qui aureis nummis acceptis alios reddit ejusdem quantitatis, non solum reddit rem ejusdem generis, quia quantitatem et ipse prius accepisse intelligebatur; sed etiam rem maxime ejusdem bonitatis, utpote eandem illam utilitatem praestantem, quae accepta fuerat. Quae si recte dicuntur cum pro nummis aureis redditur alia quaevis moneta, in qua nihil sit auri, dummodo sit ejusdem quantitatis: multo citius idem dixerimus, si nummi aurei ex optimo auro cusi mutuo dati sint, deinde cum placuisset principi cudi eos auro non aeque puro, eadem tamen aestimatione et nota, hi redditi fuerint. Ubique enim satis est reddi nummos ejusdem quantitatis, ut idem videaris reddere. Pecunia certae notae mutuo data, quid reddi possit ex omni alio genere monetae, dictum est. Jam quaero, qua aestimatione vel aliae monetae reddi possint et debeant, vel eaedem quae datae erant: utrum ea, qua nunc aestimatur moneta, cum redditur; an ea, quae fuit, cum mutuum datum est. Quod ut distincte explicari possit, sive pecuniae mutuo datae aestimatio aucta sit, sive imminuta, primum propone hoc modo.

Centum aurei mutuo dati sunt, cum aureus valebat 50. asses: deinde redduntur,
11 cum aureus valet 56. quaero, an † debitor debeat aureum reddere aut aestimationem, ejus habita praesentis aestimationis ratione, an ejus quae initio fuit, cum dabatur. Consequens est superioribus reddere eum debere ea aestimatione, quae initio fuit: sive quod id solum reddi debet, quod datum est, haec autem aestimatio potius videtur data: sive quod satis est mutuum eadem bonitate reddi, qua datum est, nummi autem bonitas posita est in hac ipsa aestimatione: nec fit hoc casu creditori injuria, si in singulos aureos 50. tantum asses accipit, quos in singulos tantum dederat. Dices: si aucta hoc modo aureorum aestimatione, ut diximus, centum aurei mutuo dati redduntur ea aestimatione, qua dati sunt, non praesente: non redduntur centum aurei integri, quoniam de singulis detrahuntur quinque asses: at debet reddi tantundem. Respondeo nihilominus reddi centum aureos integros; et quamvis quis concesserit eos non reddi, tamen non eo minus reddi tantumdem. Non redduntur centum aurei, qui nunc sunt; sed redduntur centum aurei, qui fuerunt, cum accepti sunt: tot enim assibus tum aestimabantur, non pluribus: hoc autem ad solutionem mutui satis. Tum autem aureis mutuo datis ipsa aureorum aestimatio data est, ut diximus, non corpus nummorum: ita qui aestimationem eandem reddit, aperte reddit tantumdem. Obstat tamen hic *L. cum certum*, *infr. de aur. et arg. leg.* ubi ita scriptum est: *cum certum auri vel argenti pondus legatum est, si non species designata sit, sed genus, ut fit in mutuo*, puta si quinque pondo legata sint: *non materiam, sed pretium præsentis temporis præstari* debere: *præsentis*, idest, ejus quo aurum praestandum est. Et aliud jus legatum, aliud mutuum postulat. In legato nihil ante profectum est a legatario, cujus aestimationem spectare, liceat ut hanc sequamur: at in mutuo profecta est prius pecunia a creditore, cujus ad pecuniae aestimationem omnino referri oportet, ut pro natura mutui recipiat creditor, quod dedit.

Quaero e converso: aureus hodie minoris est, quam tum cum mutuo datus est: an praesente aestimatione reddere satis est, an vero † reddi oportet ea aestimatione, 12
quae initio fuit, ut si quid illi aestimationi deest, a debitore suppleatur? Et hoc quoque consequens est superioribus, reddi pecuniam debere ea aestimatione quae olim fuit, non ea quae nunc est: quippe illa, non haec accepta est: quo fit, ut nisi debitor illam reddat, aut non intelligatur tantumdem, aut non eadem bonitate reddere: quorum utrumque pugnat cum regulis mutui. Ita in summa in nummis hoc evenit, ut quoniam eorum aestimatio in mutui obligationem venire intelligitur, ideo ad hanc solam mutui solutio referatur, ut nec auctam esse nummorum aestimationem quidquam creditori prosit, ut hanc recipere debeat; nec noceat ei esse imminutam, quominus accipiat nummos ea æstimatione, qua dedit. Hæc de pecunia mutuo data jam olim ante annos quindecim publice docuimus Biturigibus in hujus loci enarratione, neque id semel: quæ recognoscentes et parentes mandare literis reperimus idem disputasse et sensisse Fran. Hotomanum nostrum in *lib. Illust. quæst. c.* 15. cujus in hac re eruditæ rationes ad huius sententiæ confirmationem non parum momenti afferent. Illud superioribus adjiciendum est, si in pecunia mutuo data æstimatio ipsa pecuniæ data videtur, consequens esse et hanc illius tem-

temporis æstimationem perpetuo spectandam, quia semper ea quantitas certa et eadem futura sit: proinde nec distinctionem *L. vinum, infr.* ad pecuniam numeratam pertinere. De qua illic dicendum est.

Veluti vinum novum pro vetere) Non licet, inquit, debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere sit, reddere: quod fit, si vinum novum reddat pro vetere.

13 Non satis perite definitum hoc sit, † si generaliter et pro conditione omnis vini novi scriptum accipimus: cum constet multis in locis vina nova, idest, hujus anni (sic enim novum distinguitur a vetere in *L. vetus, infr. de trit. vi. ol. leg.*) veteribus trium aut quatuor annorum præstare. Sed animadverti debet scripsisse hoc hominem Romanum: nempe ex more sui temporis, et Romanorum: apud quos vere et perite dictum est præstantiora esse vetera novis, quod et Plautus *in Asinaria* usurpavit: id quod valet in vinis, ad veteres comœdias transferens: siquidem Romani vina sua ita parabant ad ætatem ferendam, ut primo valde austera exprimerent, sic deinde diligenter condita et asservata sensim mitescerent tempore, fierentque cum meliora, tum gustu suaviora. Id cum similiter non observetur in omnibus regionibus, atque adeo natura loci non ubique id ferat: ex usu cujusque regionis æstimandum erit, utrum vinum vetus præstet novo, an contra novum veteri, arg. *L. legatis, in fi. infr. de legat.* 3. In universum autem ita recte definietur, vinum vetustius si defæcatum erit, et aptum ad usum, melius esse novo nondum defæcato, et ad usum apto.

Ad L. Si quis 4.

Ulpian. Lib. 34. ad Sabin.

Si quis nec caussam nec propositum fœnerandi habuerit: et tu empturus prædia desideraveris mutuam pecuniam: nec volueris crediti nomine, antequam emisses, suscipere: atque ita creditor (qui necessitatem forte proficiscendi habebat (deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut si emisses, crediti nomine obligatus esses: hoc depositum periculo ejus est, qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit.

SUMMARIUM.

1. *Periculo debitoris esse pecuniam, quæ nondum mutua facta sit, quid sit.*

Sive pecunia apud aliquem deposita est, ut ea pro commodo suo tanquam mutua uteretur; sive est alia species deposita, ut eam depositarius venderet, si videtur, et pretio uteretur mutui nomine; si id postulante eo qui accepit, factum est, cum is, qui deponebat, nec caussam nec propositum deponendi aut fœnerandi haberet, sed tantum petenti gratificari vellet: hic traditur, hoc depositum periculo esse ejus, qui suscepit.

1 Quod habet † hanc sententiam: quocunque modo res perierit etiam sine dolo et culpa accipientis, puta fortuito casu, rem ei perire, qui suscepit: sic enim hujus verbi significatio est in usu juris, cum periculum alicujus esse dicitur in re aliqua, seu res ei perire, ut innumeris locis testatum est, in quibus hi sufficient. *L. si gratuitam*, §. 1. §. *Papinianus*, §. *pen. infr. de præs. ver. L. eum qui*, §. 1. *infr. com. L. lectos, et L. quod si neque*, *infr. de per. et com. rei ven. L.* 1. *C. com. L. pignus, C. de pig. act.* Sed ex hac interpretatione incidit sententia in difficultatem: et vero non videtur secundum regulas juris admitti posse. Apparet enim in proposita specie non esse mutuum, ut quis forte dicat, quia mutuum contractum sit, ideo hic periculum esse accipientis, ut fit in mutuo. §. *item is, Inst. quib. mo. re con. obl.* Sic enim verba sunt, ut proponatur tantum pecunia deposita, nec eo conventio progrediatur, ut etiam transferatur res in accipientem, sine quo non est mutuum. Et quamvis accipienti fiat potestas rei in mutuum convertendae, si velit: tamen haec ipsa conventio evidenter declarat, quandiu pecuniam in mutuum non convertit, depositum manere. Tum autem diserte hic depositum nominatur. Depositi autem et omnium contractuum, in quibus res aliena in accipientem non transfertur, haec lex est communis, ut nunquam qui ac-

accepit, re casu fortuito amissa teneatur, ubi de eo in re contrahenda nihil nominatim convenerit. *L. quæ fortuitis*, *C. de pig. act. L. contractus*, *in fin. infr. de reg. jur.* Nec ad rem pertinet, quod in proposito res deposita est solius depositarii caussa: nam et in commodato solius commodatarii gratia et utilitas vertitur: neque ideo tamen casum fortuitum in eo quisquam praestat, sed tantum dolum et culpam. *L. si ut certo*, §. *commodatum*, *infr. com.* Idcirco repudiata Joannis sententia omnibus fere hujus loci interpretibus superior interpretatio displicuit, qui regulam contractuum et legem aliorum locorum secuti sic rem periculo accipientis in specie proposita esse interpretantur: ut periculum hic complectatur non tantum dolum et culpam levem, sed etiam omnem culpam quamvis levissimam; non tamen et casum fortuitum: ut pereat quidem illi res, quamvis vel levissima ejus culpa perierit; non tamen si perierit casu, cui obsisti non potuit. Sed verbum periculi, et perpetuus usus juris auctorum refragatur, de quo supra ostendi. Quod ad rem attinet, ipsa haec sententia in ipsissima specie quae hic proponitur, aperte refellitur in *L. rogasti*, *infr. eod.* ubi traditur re ita deposita, ut hic deposita est, idest, ea gratia solum, ut qui accepit, venderet, et nummis uteretur, rem perire accipienti, etsi sine culpa ejus prius, quam venderet, perierit. Ergo etsi perierit sine culpa ejus levissima: nam et levissima culpa, culpa est. *L. si putator*, *L. in lege*, 44. *supr. ad leg. Aq.* Quapropter quod verba ex usu certo et perpetuo juris significant, id hoc quoque loco sequemur, ut quod dicitur depositum in proposita specie periculo ejus esse, qui suscipit, sic interpretemur: ut quanvis res perierit casu sine dolo, et ulla culpa accipientis, tamen res ei pereat, idest, detrimentum ejus sit, nec secus teneatur, quam si res adhuc exstaret. Neque id cum vulgo interpretum tunc solum recipiemus, cum pecunia nec clausa nec obsignata adnumeratur accipienti: quo casu placet eum qui accipit, pecuniae dominum fieri, et tantundem debere: *L. in nave*, vers. *idem juris*, *infr. loc.* sed et tunc, de quo maxime hoc loco agitur, cum pecunia ut species certa deposita est: veluti, cum inclusa est sacculo aut cista, et sacculus aut cista est deposita: Nam etsi species certa alia data sit vendenda, ut qui accepit, pretio uteretur, comparatur tamen hoc loco haec spesies priori, placetque in ea non minus speciem periculo ejus esse, qui accepit: idemque scriptum est in *d. L. rogasti*, *infr. eod.* Nec vero quominus horum utrumque statuamus in re ita deposita, ut proposuimus, metuemus generale illud: casus fortuitos nullo judicio praestari: quamvis minime dubium sit ex eo fuisse ambigendi caussam. Hanc enim definitionem certum est ad mutuum non pertinere, de quo ita scriptum est in *d.* §. *item is. Inst. quib.* mo. re con. obl. *et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, nihilominus obligatus remanet.* Si definitio ad mutuum non pertinet, consequens est, ne in hac quidem specie locum habere debuisse: non quia deposita sit res solius depositarii gratia; alioqui etiam in commodato idem diceremus: sed quia ita est deposita solius accipientis caussa, ut sit etiam mutui nomine, si ille pecunia uti vellet, quia ab initio mutuum rogaverat, et cupiebat in hunc usum pecuniam paratam apud se habere, tametsi nollet eam statim esse mutuam. Quod pro mutuo hactenus habendum est, ut in eo depositarius mutui lege uti debeat. Nam primum etsi hic depositum est re vera; tamen praecipitur cujusque contractus initium spectandum, et caussam. *L. si procuratorem*, *in pr. infr. man.* Fuit autem hic initium deponendi, quod mutuum rogabatur; deponendi caussa, ut esset pecunia accipienti mutua, cum ipsi commodum videretur: ut sit in hoc deposito initium, et caussa mutui. Hoc igitur potius in hoc deposito spectare debemus. Deinde si desideranti pecunia statim data esset mutuo, ejus periculum statim futurum esset. *d.* §. *item is*, *Inst. quib. mo. re. con. obl.* Proinde et nunc esse debebit, cum pecunia apud eum ita deposita est, ut postea pro suo commodo mutuam haberet. Quod enim creditor mutuum distulit, non sua gratia distulit, sed officii caussa, solum ut accipienti in eo gratificaretur: non debet autem ei hoc officium esse damnosum. *L. si servus*, §. *quod vero*, *infr. de fur.* Quare et hoc quasi nec distulisset, perinde habendum est. Sit igitur ex hoc loco hæc sententia de obligatione mutui constituta: ut in re mutuo data, quæ casu amissa sit, accipientis periculum est, non dantis; sic et in ea esse debere, quæ deponatur quidem ab initio, sed mutui nomine: idest, ita ut vel ipsa, si pecunia est, vel pecunia inde confecta pro arbitrio et commodo accipientis fieret ei mutua, si modo et desiderante eo, et solius ejus gratia ita sit apud eum deposita.

Ad L.

Ad §. Res pignori data.

Res pignori data, pecunia soluta condici potest, fructus ex injusta caussa percepti, condicendi sunt: nam etsi colonus post lustrum completum fructus perceperit: condici eos constat: ita demum, si non ex voluntate domini percepti sunt, nam si ex voluntate, proculdubio cessat condictio. Ea, quæ vi fluminis importata sunt, condici possunt.

Quod in his caussis tribus quæ sequuntur, constanter dicitur rem ex his caussis debitam condici posse, huc spectat: ut inductione horum exemplorum statuatur in summa hæc sententia de certi condictione: Quidquid certum propria aliqua actione in personam peti potest, id et certi condictione peti posse: quæ definitio est propria *L. certi, infr. eod.* Dicitur tantum hoc loco posse rem ex his caussis condici, neque adjicitur, qua condictione. Sed cum locus in hunc titulum relatus sit: condictionem titulo convenientem intelligere debemus. Agitur autem hic de condictione certi, ut inscriptio tituli indicat. Hanc igitur accipiemus. Quod dixi, quidquid propria aliqua actione in personam peti potest, huc pertinet: ut comprehendatur quidquid debetur quavis ex caussa, sive ex contractu debeatur, sive ex maleficio, quod et exempla hujus loci ostendunt: nam et utriusque speciei hic exempla sunt. Ex contractu, veluti si res pignori data sit. Ex maleficio, veluti, si fructus ex injusta caussa percepti petantur; aut ea quae de nostro vi fluminis in alienum importata sunt: quae sunt omnia exempla hujus loci. Re pignori data constat obligationem re contrahi, et hinc nasci pignoraticiam actionem ad pignus repetendum pecunia soluta, aut si erit eo nomine creditori satisfactum. §. *ult. Inst. quib. mod. re cont. obl. L. si rem*, §. *omnis*, *infr. de pig. act.* Fructus percipiuntur ex injusta caussa, qui percipiuntur ex re aliena a malae fidei possessore. Hi sunt domini praedii, non possessoris. *L. qui scit*, *infr. de usur.* Qui eos percipit, percipiendo contrectat: contrectando furtum facit, si scit rem esse alienam: nam furtum est contrectatio fraudulosa. *L. 1. in fin. infr. de fur.* Porro et de re furtiva etiam propria actio est domino in personam, nempe condictio furtiva. §. *sic itaque*, *Inst. de act.* §. *ult. Instit. de obl. quæ ex mal. nas.* Hoc sentit Ulpianus: etiam hujusmodi res et certi condici posse. Quae vis fluminis ex alieno praedio ablata in alienum transtulit, haec veteris domini manent. §. *prœterea*, *Inst. de rer. divis. L. hoc amplius*, §. 1. *infr. de dam. infr.* Ob eandem caussam ab eo qui ignorare non possit haec esse vi fluminis importata, sine furto contrectari non possunt. Unde et adversus eum eadem condictio furtiva. Quod si et de his propria est actio in personam, consequens est posse et ea certi condici. Ex his apparet confirmari hoc loco definitionem *L. certi*, *infr.* et exemplis declarari, ut plane locus ad eam definitionem referri debeat.



Ad L. Quod te. 5.

Pomponius lib. 22. ad Sabinum.

Quod te mihi dare oportet, si id postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares: tuum fore id detrimentum constat. Sed cum quæritur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum (si) in potestate tua fuerit id necne: aut dolo malo feceris, quo minus esset, vel fuerit necne: sed etiam si aliqua justa caussa sit, propter quam intelligere deberes te dare oportere.

SUMMARIA.

1. *Interitu rei debitæ quando debitor liberetur.*
2. *Fieri seu stare per debitorem, quominus det, quid sit, et quibus modis id contingat.*
3. *Mora quid?*
4. *Moram ex re fieri aut ex persona, quid, et num.* 6.
5. *Interpellatio ad moram in obligationibus in diem, et in delictis non necessaria.*
6. L. Mora, D. de usur. *exposita.*
7. *Mora ex re fit singulari jure, quando.*
8. *Justæ recusandi caussæ ad moram impediendam quatuor.*
9. L. nulla, de reg. jur. *exposita.*

Cum de condictione certi haec definitio sit: Quidquid quavis ex caussa debetur, et peti potest, condictione certi peti posse: *L. certi, infr. eod.* pertinet omnino ad hanc definitionem intelligi, an quod semel deberi cœpit, etiam tunc pergat deberi, cum perierit; an vero debitor eo interitu liberetur: ut efficiatur illic id peti posse condictione certi, hic nequaquam. Est autem illius definitionis tractatio hujus tituli propria. Quapropter nihil fit ab hoc titulo alienum, si superius illud de interitu rei debitae in eo explicatur: quod hic factum est.

Placet vero debitorem eo interitu interdum non liberari, interdum liberari: Si
1 quidem perierit res † postquam per debitorem factum est, quominus daret, teneri eum nihilominus: si ante, liberari. Sententia eadem, quae et *L. si ex legati, infr. de ver. obl.* Utrobique auctor idem Pomponius. Itaque cum sit hic locus ibi a me expositus, hic ero brevior, ac summa tantum capita hujus quaestionis attingam: tantum ne hujus ipsius loci, qui proponitur, ratio penitus ignoretur.

2 Per debitorem † fieri, quominus det, et quod idem est, per debitorem stare, quominus det (qua forma loquendi Pomponius utitur in *d. L. si ex legati.*) valet idem, quod debitoris culpa fieri, quominus det. Quod enim hic, et in *d. L. si ex legati*, dicitur: si per debitorem factum sit, steterit, quominus daret, ejus detrimentum esse, et semper eum teneri: id ipsum est, quod aliis verbis constituerunt veteres, nempe his, culpa perpetuat obligationem. *L. si servum, §. sequitur, infr. de ver. ob.* Per debitorem stare intelligitur, seu culpa ejus fieri, quominus det, duobus modis. Aut enim rem occidit ipse, vel quoquo modo facit, quo res vel ex rebus humanis, vel ex hominum commerciis eximatur; aut in re præstanda moram facit: quorum utrumque aliis quidem verbis, re tamen ipsa sententia complexa est *d. L. si ex legati.* Prior culpae species hic omissa est: mora solum ex parte attingitur.

Mora significat † omnem dilationem. Sed 3
in usu juris morae verbo eam intelligimus; quae est injusta, quia qui juste differt, nec videtur differre: *L. sciendum infr. de usur.* ut mora recte definiatur injusta dilatio in eo praestando, quod quis praestare debeat. Quod si injusta, etiam cum culpa et vitio debitoris conjuncta: ut non abs re mora ejus culpae pars esse dicatur, quae perpetuet obligationem: nam hanc hujus culpae partem esse et dici certum est *d. L. si servum, §. sequitur, L. cum filiusfam. infr. de ver. ob. L. is qui, infr. de obl. et act.* Idque esse interpretor, quod in
L. mora, infr. de usur. dicitur † moram 4
fieri non ex re, sed ex persona. Est enim hic sensus, moram fieri non ex eo, quod res non solvitur, sed ex vitio personae: idest, si sit in persona differentis quod illi possit imputari, cur differat praestationem.

Ut

Ut in dilatione culpa sit ac proinde in debitore mora: ita fit, si interpellatus debitor, cum nulla justa esset differendi caussa, non solvit.

5 Interpellari † debitorem placet, quasi nulla sit culpa non dedisse ei, ad quem ea res non pertinet, ubi is non desideret. *L. mora*, *infr. de usur. L. si ex legati*, *infr. de ver. ob. L. Titiæ* textores, §. *ult. infr. de legat.* 1. Quod tamen non est perpetuum: nam cum quid in diem debetur, ipso diei lapsu citra aliam interpellationem moram fieri convenit. *L. magnam*, *C. de con. et com. stip.* Neque tamen caret hæc species interpellatione: satis enim hic debitor interpellatur jam ab initio, cum creditor ei denuntiat se eo die, qui dictus est, sibi solvi velle: hoc enim denuntiare et desiderare ut fiat, interpellare est. Unde et hac parte etiam species ad superiorem regulam de interpellatione pertinet. Sed ideo hic obligatione contracta non esse necessariam interpellationem dicimus, quia nova non est necessaria: quo sensu rursum non male hæc obligatio a regula eximatur. In obligationibus quoque puris interdum non est necessaria interpellatio: quod in his receptum est, quæ sunt ex maleficio. Si quis quid furto sustulit, eripuit, aut quoquo modo mala fide occupatum detinet injuria, is ex ipso tempore delicti non solum moram facere, sed etiam plus quam frustrator debitor, possessorve esse intelligitur. *L. in re*, §. *pen. L. ult. infr. de cond. fur. L.* 1. §. *rectissime*, *L. pen. infr. unde vi*, *L. ult. C. de con. ob. tur. caus.*

6 Neque tamen ob has species minus † verum est, quod generaliter definitur in *L. mora*, *infr. de usur.* moram fieri non ex re idest, ex ipso tempore tardæ solutionis, ut interpretatur *L. in minorem*, *C. in quib. caus. in integ. rest. nec. non est.* Sed ex persona, idest, ut volumus, ex vitio et culpa personæ. Nam in eo qui in diem debuit, manifesta culpa est, si jam ab initio monitus, quo die solvere deberet, se ad eum diem non comparavit, nec fecit, quod promisit. In eo autem, qui ex maleficio, aut alias mala fide rem tenet, ea culpa est, cur non reddat, ut nulla in specie dilatio sit magis reprehendenda: cum eam rem sciat se invito domino retinere, seque eam ab initio ne contrectare quidem debuisse, *d. L. ult. infr. de cond. fur.* Dicitur tamen etiam hic mora in rem fieri in *L. ult. C. de cond. ob tur. cau.* non quia non fiat ex persona maxime, ubi manifestissimum est delictum personæ in differenda restitutione; sed quia fiat ex re quoque hac ratione, quod fiat sine ulla omnino interpellatione: quod cum accidit, dicitur mora in re fieri. *d. L. in minorum*, *C. in quib. caus. in int. res.* Sic autem definitio *L. mora*, *de usur.* accipienda est: ut mora fieri intelligatur non ex re, idest, non ex re solum, ubi nulla in debitore culpa sit, quod rem non solvit; sed si ita non solvat, ut sit etiam vitium in persona, cur id non faciat; sive id ex ipso tardæ solutionis tempore contingat, ut fit interdum, sive non nisi ex interpellatione. Illud saltem fortasse huic speciei contrarium esse videbitur, quod in *d. L. mora*, ita scriptum est moram fieri ex persona, et adjicitur; *idest*, *si interpellatus opportuno loco non solverit.* Et esset contrarium, si hoc pro generali definitione acciperemus, quasi ita dictum esset, moram ita fieri ex persona, si quis interpellatus non solverit. Sed hæc verba: *id est*, παραδειγματικῶς accipienda sunt, pro *veluti*, vel *ut puta*, ut sit sensus moram fieri ex persona, *ut puta si interpellatus opportuno loco non solverit*, ut in L. jurisgentium, §. *pactorum*, *supr. de pact.* Ulpianus ait pacta quædam esse in personam, eaque esse, *quoties paciscor*, *ne a persona petam*; *idest*, *ne a Lucio Titio petam*: quod significat, *ut puta*, *seu veluti ne a Titio petam.* Neque enim intelligit, tunc solum esse in personam, cum paciscor ne petam a Lucio Titio: cum liceat cuivis creditori pacisci ne a debitore suo petat, sive is erit Lucius Titius, sive alius: et cujuscunque persona nomitatim comprehensa sit, ne ab eo solum petatur, nihil intersit, ut pactum sit personale. Sed hoc dicit generaliter esse in personam, cum paciscor, ne ab aliquo petam, veluti nominatim ne a Titio. Quod si in *d. L. mora*, *de usur.* hæc verba, *idest*, eodem modo non accipimus, non tantum definitio in eo falsa erit, quod generaliter ad moram exigat interpellationem, quæ non semper est necessaria: sed etiam in eo, quod statuat omnem qui interpellatus opportuno loco non solvit, moram facere: cum multæ sint caussae, cur qui ita interpellatus sit, moram non faciat: de quibus paulo post. Exempli gratia, si caetera recte se habeant, sed non sit debitor interpellatus opportuno tempore. *L. qui decem. infr. de sol.* Postremo quod interpellatio ad moram certis in caussis exigitur, aut in *d. L. mora*, *de usur.* aut in *d. L. si ex legati*, *de verb. obl.* aut alibi, ex jure commmuni dictum accipiendum est. † Caeterum et 7

jure singulari fit interdum mora sine interpellatione, atque adeo non ullo modo ex persona seu vitio aliquo personae, sed ex re, seu in re, aut in rem: tot enim modis eadem res exprimitur a juris auctoribus. *d. L. mora, de usur. d. L. in minorum, C. in quib. cau. in int. re. nec. non est. L. sed etsi, in fin. infr. de usur.* Cum hoc significatur, ut dixi, quod explicatius dictum est in *d. L. in minorum*, moram fieri ex ipso tempore tardae solutionis, id est, hoc ipse quod res a debitore non solvitur, quanvis a nullo sit interpellatus. Quod genus morae singulari jure utilitatis caussa receptum est; alias favore creditoris, quod minoribus tributum est: *d. L. in minorum. L. 1. §. ult. infr. de usur.* alias favore rei debitae, quod consultum est in fideicommissariis libertatibus. *L. cum vero, §. apparet, infr. de fid. lib.* Nonnunquam aequitate rei ita cogente, quia necesse sit debitorem pro interpellato haberi, nisi velimus ejus absentiam creditori ad interpellandum parato nocere: idque jus in omnibus caussis et personis creditorum receptum est. *d. L. sed etsi, in fin. infr. de usur.* Atque haec de interpellatione, quibus in caussis ea ad moram necessaria sit, in quibus non sit necessaria. Sed quibuscunque in caussis ea desiderabitur ad moram, aut aliquid erit, quod sit pro interpellatione, non continuo qui interpellatus est, vel habetur pro interpellato, is si non solvit, in culpa esse eoque et moram facere intelligitur. Is moram non facit, qui interpellatus justam caussam habet solutionis differendae. *d. L. sciendum, infr. de usur.* quae pars est, quae praecipue a Pomponio hoc loco attingitur in illis verbis, *sed cum quæritur*: proponit enim quasdam caussas hujus generis, sed non omnes.

8 Omnino justae † recusandi caussae debitori quamvis interpellato sunt quatuor. Aut enim non sic debet, ut petitur; aut non intelligit se debere, neque id culpa ejus accidit; aut rem in potestate sine ullo dolo suo non habet; aut sciens se dare oportere, et rem in potestate habens petit sibi spatium dari ad eas res adhibendas, quibus non adhibitis pecunia ab eo soluta non satis illi eo nomine cautum sit. Ex quibus secunda et tertia sunt hujus loci: reliquae aliunde accersendae. Quod petitur ante diem, aut alio loco, quam quo ex conventione dari oportuit, juste et sine mora recusatur: quia non hoc tempore, non hoc loco debetur L. *mora, infr. de usur.* L. *cum filiusfa. §. ult. infr. de verb. obl.* Qui summo jure debet, et aliqua exceptione tutus est, eadem de caussa interpellatus si non solvat, moram non facit, quia jure praetorio non debet. † Hoc est, quod regula juris tra- 9
ditur, nullam moram ibi intelligi, ubi nulla petitio est. *L. nulla, infr. de reg. jur.* nulla petitio, idest, nulla actio, nullum jus judicio petendi vel ipso jure, vel propter exceptionem, ut declarat *L. si pupillus, infr. de verb. obl. L. lecta, ver. dicebam, infr. eod.* Sed etsi quis vere debeat, tamen nulla culpa in recusante est, eoque nulla mora, si ideo non praestat quod petitur, quia justa de caussa ignorat se debere, quod hic traditur. Idque ita est, sive ei ex conditione personae suae haec ignorantia nascatur, ut quia sit heres, qui justam ignorantiae caussam habet: *L. qui in jus, infr. de reg. jur.* sive nascatur ei ex persona petentis, quem aut creditoris heredem, aut procuratorem esse ignorat. *L. si quis inficiatus, infr. depos.* Ubi sine interpellatione moram fieri receptum est, etiam adversus ignorantem debitorem mora fit: ut, si ad diem sub pœna pecunia promissa sit, etiam ante diem mortuo promissore pœna committitur, etiam si nullus sit heres, nedum si ignoret pecuniam promissam. *L. ad diem, infr. de verb. obl.* Proinde quod hanc ignorantiam dicimus justam esse caussam recusandi, ad eos qui interpellari debent, solum pertinet. Nihil ad rem pertinet aliquid deberi, et debitorem scire se id dare oportere, si cum interpellatur, non habet rem in potestate, quod hic scriptum est: neque enim quidquam imputari potest ei, qui etiam si velit, non possit rem præstare. Nisi tamen dolo fecerit, quominus rem in potestate haberet, ut ibidem adjicitur: nam hic ex regula juris in eadem caussa cum possidente habetur. *L. parem, infr. de reg. jur.* Scriptum quidem est in *L. continuus, §. illud, infr. de ver. obl.* non esse inspiciendum in debitore, an is rei debitæ dandæ facultatem habeat, necne. Sed hoc tunc locum habet, cum quæritur, an propterea debitor non teneatur, cessetque interim obligatio. Recte dicitur non facere hoc impedimentum, ut liberetur debitor: at ne intelligatur in mora esse, facit: quod hic constituitur, et recte. Non enim si in debitore nulla culpa est: cur non solvat, ideo obligatione liberatur: quod contra fit in mora, quæ sine culpa nulla est. Sed et hæc pars ad eos, qui interpellari debent pertinet. Nam si quis est qui debeat in diem, nisi se ad eam diem comparat, ut dare possit, in culpa est,

est, eoque et omnimodo moram facit. *d. L. ad diem, infr. de ver. ob. L. magnam, C. de con. et com. stip.* Idem in furibus et raptoribus, ac similibus possessoribus multo magis dicendum est. Quanquam hi si rem potestate habere desinant, ad restituendum alia ratione tenentur: quia scilicet dolo fecerunt, quominus restituerent hoc ipso, quod rem abstulerunt, aut cum possent et deberent sine interpellatione, non restituerunt. Quod reliquum est, quantumvis debitor recte interpellatus sciat debitum a se peti, et quod petitur, in potestate habeat; tamen nihil culpa facit, si testes ad solutionem adhiberi velit: si adhiberi fidejussores, qui moneantur, ne postea solvant, et interim solutionem sine dolo malo differat. *d. L. sciendum, infr. de sol.* Ut enim creditori consuli equum est, quo consequatur suum: ita debet pecunia soluta debitori cautum esse, ne iterum eo nomine conveniatur. His breviter de eo per quem fit, seu in quo culpa est quominus det ut pro loco expositis, redeo ad definitionem propositam. Est autem hæc: Sive interitus caussam dederit debitor, sive post moram ejus res debita perierit, ipsius detrimentum esse: detrimentum ideo, quia nihilominus perinde tenetur perpetuo, ac si res exstaret, *L. nemo, §. ult. L. si servum, §. sequitur, infr. de ver. obl.* Hoc loco oritur quæstio, etiamne hic teneatur debitor, quanvis natura sua et fato res perierit. De eo scripsimus ad *L. si ex legati, de ver. obl.* Quod si ante res periit, quam iis modis, quos dixi, per debitorem fieret, quominus daret: significatur hic, quod et in *d. L. si ex legati*, expressum est, tum plane debitorem liberari. Quod qua ratione constituatur, et quam verum sit, quasque ad res pertineat, quoniam illic ubi maxime dicendi locus est, scripsimus, ideo lectorem ad ejus loci explicationem rejiciemus: unde et cætera ad totum hunc locum pertinentia peti poterunt.

Ad L. Certum est. 6.

Paulus lib. 38. ad Edictum.

Certum est, cujus species vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, qualis quantaque sit, ostenditur. Nam et Pædius lib. 1. de stipulationibus nihil referre ait proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur: quatenus mutua vice res funguntur, quæ tantundem præstent.

SUMMARIA

1. *Genus: species, quantitas, quid.*
2. *Certum in genere, specie, quantitate quid.*
3. *Quantitas et certa, et incerta res dicitur diversis rationibus.*
4. *Demonstratio vice nominis, et quando.*

Proposita est edicto certi condictio sub conditione, *si certum petetur*, ut dicetur ad *L. certi infr.* Hinc certum quid sit, quæritur. Definitur hic esse id, *cujus species vel quantitas qualis, quataque sit, ostenditur.* Non dixit Paulus, *cujus genus* consulto, quia semper genus quod non est in quantitate, est incertum. *L. ubi in pr. infr. de verb. oblig.*

1 Sic autem juris auctoribus hæc † distinguuntur. Species dicitur corpus certum et definitum, distinctum ab aliis numero: ut Stichus, Pamphilius, fundus Tusculanus. Genus, res quæ uno nomine res plures continet vel genere ipso, vel numero differentes: ut animal, homo, equus, bos, fundus, ut indicant *L. in stipulationibus, infr. de ver. obl. L. plane, 1. §. sed si non, infr. de leg. 1. L. 2. in pr. supr. eod.* Quantitas et ipsa generis nomen est, sed quo significantur eæ res, quæ pondere, numero, mensurave constant. Quantitatem genus esse hic declaratur, cum a specie quantitas distinguitur. Et vero genus esse consequens est, si hoc verbo significantur eæ res quas diximus: hæ enim ex mutuo debentur: in mutuo autem debetur genus, *L. 2. supr. eod.* Significari autem hoc verbo res pondere, numero, aut mensura constantes ex eo intelligimus, quod hic non distinguitur solum quantitas a specie, (quod si solum fieret, posset hoc nomine intelligi omne genus, id quod rei definitæ adversatur) sed ita distinguitur, ut significetur etiam hoc verbo res certa. Ge-

Genus omne incertum. *L. ubi infr. de ver. obl.* præterquam si sit res, quæ pondere, numero, mensurave constet. *L. stipulationum quædam infr. de verb. oblig.* Pecuniam quidem numeratam quantitatem dici sæpe legimus, ut *L. cum alter, infr. de comp. L. 3. §. plane, infr. de cont. et ut. ac. tut. L. Moschis, §. ult. infr. de jur. fis.* nusquam autem aperte, quod nunc occurrat, res cæteras, quæ constant pondere aut mensura. Sed si pecunia quantitas est, quia constat numero, id est, hac quantitate: etiam eas quæ quantitate ponderis aut mensuræ constant, quantitatem dici ejusdem rationis est.

2 De certitudine istarum rerum sic † habendum est. Genus, ut dixi, quod in quantitate non consistat, semper incertum. *d. R. ubi.* propterea quod genere promisso licet debitori, quam velit speciem ex eo genere solvere: *§. præterea, instit. de action.* quam autem det, incertum: ac quamcunque dederit, ea sic differt ab aliis ejusdem generis, ut non differat tantum numero, sed etiam æstimatione et qualitate. species certa est, sed tunc, ut hic definitur, cum *qualis quantaque sit, ostenditur.* Quod tunc fit, cum aut ostenditur species una aliqua certo loco comprehensa, aut plures quidem certæ et ipsæ et distinctæ, sed conjunctim. Quod si disjunctim plures demonstratæ sint, res quæ in obligationem venit, est incerta: quoniam quæ potius præstanda sit, in incerto est propter electionem, quae in hac disjunctione debitori tribuitur. *L. ubi, §. qui illud, infr. de ver. obl. §. huic autem, Inst. de act.* Sed et quantitas potest esse certa: ut est definitio hujus loci; sed eadem illa conditione nimirum, *si qualis quantaque sit, ostenditur.* Primum quantitate certi generis expressa, puta pecunia numerata auro, vino, ostendi oportet qualis sit haec quantitas, idest, quales res hujus generis. Qualitas pecuniae sita est in nota et aestimatione cujusque monetae: haec autem ex nomine cuique monetae inditae intelligitur. Caeterarum rerum ut frumenti, vini, olei, et similium qualitas est earum rerum bonitas: haec quoniam variatur regionibus, ac saepe in iisdem locis aliae res sunt meliores aliis, ideo sic earum bonitas certo ostenditur, si demonstretur regio, ubi hae res nascantur, et adjiciatur bonitas, quae summum gradum in eo genere obtineat: ut quis ita exprimat, triticum Africum optimum; vinum campanum optimum: nam qui vinum tantum dixerit, reliquerit rem incertam, quia bono melius est: haec ex *L. stipulationum quædam, et L. ubi, seq. in pr. infr. de ver. ob.* Quae tamen sic accipienda sunt: nisi bonitas istarum rerum non ita expressa, ad certæ speciei bonitatem referatur: ut si quis diceret vinum eadem bonitate, qua est hoc in specie, quod tibi demonstro: quod fit in mutuo, ubi res reddi debet eadem bonitate, qua datum est. Id vero ad certitudinem bonitatis rei reddendæ satis: propterea quod res quæ mutuo data est, in specie data est, quæ species certam bonitatem habuit, ut hic quodammodo videatur magis speciei bonitas exprimi, quam generis: nos de bonitate generis, quæ non nisi ex genere æstimetur, loquimur. Præter qualitatem quantitatis, etiam ad hujus certitudinem adjici oportet, quanta sit quantitas: sic enim Paulus hic loquitur. In quo nihil aliud exigi intelligendum est, quam ut de numero, aut pondere, aut mensura istarum rerum exprimatur, quantum sit in singulis: ut quis dicat, exempli gratia, aureos decem, tritici modios centum, vini Campani amphoras sex, quæ sunt exempla *d. L. stipulationum quædam.* Certa ergo quantitas est ex definitione hujus loci, et *d. L. stipulationum* decem aurei, tritici Africi optimi modii centum, et similia. Atqui hujusmodi quantitas omnis quæ in obligationem venit, res incerta esse dicitur in *L. in ratione, §. verum, juncto §. incertæ, infr. ad leg. Falc.* Sed et generaliter exprimitur: unde et in mutuo dicitur deberi genus. *L. 2. supr. eod.* Est autem in aliis rebus genus incertum, ut hoc promisso sit etiam obligatio incerta, veluti si quis hominem promittat generaliter *L. ubi in pr. infr. de ver. ob.* Cur non ergo et decem aureis generaliter promissis idem dicamus?

Res ita habet. Quantitas omnis quamvis ita designata, ut supra diximus, si † generaliter promittitur, ut decem aurei, et 3
incerta res recte dicitur, et certa diversis rationibus. Loco incerta est: quia decem aurei generaliter promissi nullo certo loco continentur: promittuntur enim omnes qui ubique sunt, non hi qui sunt debitoris, aut hujus, vel illius. Ideo debitor etiam rebus omnibus amissis ære alieno non liberatur: *L. incendium, C. si cert. pet.* quia non potest dici ideo omnes eos periisse, qui promissi erant. At utilitate præstationis et effectu, quem in petitione et solutione spectare debemus, decem aurei, omnisque quantitas ita designata, ut diximus, tam res certa est, quam si cor-

corpus certum decem aureorum esset promissum, et hoc solveretur. Etsi enim decem aureis generaliter promissis liberum est debitori eligere, quam speciem det ex eo genere numero ab aliis distinctam: tamen quæcunque soluta erit, bonitate est eadem cum aliis omnibus: idem enim valet, et præstat tantumdem. *L.* 2. §. 1. *sup. eod.* Quod quoniam non accidit in cæteris rebus, quæ pondere, numero, aut mensura non constant, si hæ generaliter in obligationem deducantur, ideo in his genus plane est incertum. Finge hominem generaliter promissum: non solum incertum est, quem det promissor, cujus est electio, quem velit, dandi; sed etiam solutionis utilitas incerta: quemcunque enim dederit, non potest, quin non solum numero, sed etiam bonitate, aut constitutione vel animi vel corporis multum distet a cæteris.

Hæc quæ dixi ostendi debere, ut res certa sit, sic ostendi Paulus subjicit, ut
4 nihil referat, quomodo † id fiat: utrumne nomen exprimendo, ut si promittatur Stichus; an rem digito indicando, ut si promittatur hic Stichus qui adest; an vero vocabulis quibusdam et quavis demonstratione, ut si promittatur servus tuus sutor, equus tuus Hispanicus, cum unum Hispanicum haberes; fundum quem a Titio emisti: quæ demonstrationes vice nominis funguntur: hinc nominatim appellari dicta, quæ ita demonstrantur. *L. nominatim*, *infr. de leg.* 3. *L. nominatim*, *infr. de cond. et dem.* Ratio reddita in §. *si quidem in nomine*, *Inst. de leg.* Sed de certitudine et incertitudine rerum in obligationem deductarum, itemque obligationis omnis plura ut in loco, eaque in hoc genere cognitu necessaria scripsimus ad *d. L. stipulationum quædam*, *et seq. infr. de ver. ob.* unde cætera, si quæ in hac quæstione requirentur, sumi possunt. Tantum de certitudine hic diximus, quantum ad definitionem hujus loci explicandam necesse esse videbatur. Illud notandum est, quod hic dicitur in extremo, nihil referre, utrum res proprio suo nomine appelletur, an ostendatur alia demonstratione, quia et hæc vice nominis fungatur, et tantundem præstet: tum recte dici, cum de re designanda et demonstranda agitur, ut fit hoc loco. Cæterum in onere et commodo personæ exprimendo, utrum fiat, interdum multum interest. Nam si heredes jussi sint aliquid dare, aut si aliquid legetur, jubeaturve præstari heredibus: refert, utrum sub appellatione propriorum nominorum id fiat, an sub appellatione heredum. Si propriis nominibus appellati sunt, partes viriles, id est, æque singulis adscriptæ intelliguntur: si heredum verbo, intelliguntur, partes hereditariæ. *L. si heredes.* 124. *infr. de legat.* 1. Eademque distinctio servatur, cum stipulatur quid servus communis dominis suis, quos vel nomine proprio, vel dominorum appellat. *L. si communis servus.* 37. *infr. de stip. ser.* Quæ distinctio in onere et commodo personarum hanc rationem habet, quod propria nomina numerum personarum designant; heredis, domini, et similia conditionem et jus personæ. Consentaneum est numero personarum expresso, pro numero item personarum rem dividi; jure autem expresso, etiam pro eo jure fieri divisionem.

Ad L. Omnia. 7.

Ulpianus Lib. 26. ad Edictum.

Omnia, quæ inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniæ, et ideo et conditiones.

SUMMARIUM

1. *Diem et conditionem recte adjici mutui obligationi et quare.*

Dicitur mutuum re contrahi. *Instit. quib. mo. re con. ob. in pr.* Id eam significationem habere forsitan quis existimaverit, quasi non contrahatur consensu, aut quasi consensus et conventio in mutuo nihil valeat. Quod si admiserimus, dicendum erit neque diem, neque conditionem mutui obligationi adjici posse. Valent enim ista ex consensu solum et conventione.

Inde quæsitum, an hæc † mutuo inseri possint. De eo ne quis dubitet, hic traditur inseri posse, itidem scilicet ut possunt 1

sunt stipulationibus: de quibus est in §. *omnis*, *Inst. de ob.* Quo exemplo ad hujus rei confirmationem recte Ulpianus utitur. Ut enim non contrahitur mutuum consensu, sic nec contrahitur stipulatio, sed verbis: quam ob caussam ab iis contractibus qui consensu perficiuntur, non minus distinguitur, quam mutuum. §. *ult. Inst. de ob. Inst. de ver. ob. in pr.* Recipit tamen stipulatio diem et conditionem. Recipiet igitur et mutuum: quoniam utrumque pariter est contractus. Vera autem ratio, cur et stipulatio et mutuum diem ac conditionem recipiant, est, hæc, quod ambo sunt contractus. §. *ult. Inst. de ob.* Sic enim fit, ut constent etiam consensu: *L.* 1. §. 1. *supr. de pac.* tantum abest, ut in his consensus sit inutilis. Consensu in his admisso, consequens est et in his admitti diem et conditionem: quoniam hæc adjecta servantur propter consensum. Nam quod dicitur mutuum re contrahi, non significat mutuum sola re contrahi sine consensu, sed non contrahi solo consensu: verum tunc cum ad consensum rei traditio accesserit, ut diximus ad *L.* 2. *supr.*

Ad L. Proinde. 8.

Pompon. lib. Sexto ex Plautio.

Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex post facto confirmetur, veluti si dem tibi mutuos nummos, ut si conditio aliqua extiterit, tui fiant, sisque mihi obligatus. Item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluerit ad se pertinere, quia heredis ex die aditæ hereditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit. Nam Julia. ait, et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum, aut appositum.

S U M M A R I A.

1. *Mutui datio interdum pendet, atque eventu confirmatur, ac quibus in caussis id accidat.*
2. *Confirmati mutui conditio cum existit, ex quo tempore mutuum contrahi intelligatur.*

HOC recepto conditiones mutuo inseri posse, quod *L. proxima* definitum
1 est: recte hinc infertur, proinde et mutui † dationem pendere posse: scilicet quia et conditionem possit accipere, qua fiat, ut quanvis pecunia mutuo tradita sit, non tamen statim contrahatur mutuum, sed ex post facto, et eventu confirmetur. Id ex exemplis hoc loco subjectis contingere intelligimus partim ex conditione aperte mutuo adjecta, partim ex jure ejus qui pecuniam dedit: ex quo et mutuo injicitur conditio, sed tacita. Ex conditione aperta, ut si dem, inquit Pomponius, idest, tradam tibi mutuos nummos, ut tui fiant, sisque mihi obligatus, si fundum Tusculanum emeris. Hic pendet mutuum ex eventu hujus conditionis, quoniam et interim pendet dominii pecuniæ translatio. Nam ante contra quam consensum est, dominium non transfertur: *L. in omnibus rebus*, *infr. de obl. et act.* neque porro antè quam id transferatur, contrahitur mutuum, in quo de meo tuum fieri oportet. *L.* 2. §. *appellata supr. eod.* Postquam autem conditio exstitit, hic demum dominio ex conventione translato simul et eadem conventione mutuum confirmatur. Ex jure dantis et tacita conditione pendet mutuum, cum an creditor dominus sit rei datæ, necne, pendet ex eventu: quod accidit in pecunia certa legata, quam heres mutuo dederit. Hæc enim conditio est rei legatæ, ut prius quam legatarius legatum repudiaverit, aut agnoverit, ignoretur, uter sit dominus, heresne, an legatarius: propterea quod si legatarius quandoque legatum agnoscat, videatur jam a principio ex die additæ hereditatis legatum ejus fuisse: sin repudiaverit, intelligatur contra jam a principio res fuisse heredis, nec unquam ab eo recessisse. *L. servum filii*, 44. §. 1. *L. si tibi homo*, 86. §. *cum servus*, *infr. de legat.* 1. *L. legatum.* 80. *infr. de legat.* 2. Finge ergo pe-

pecuniam legatam esse, ut hic proponitur (ubi certam legatam intelligere debemus, puta quæ sit in illa arca: non enim dici posset heres pecuniam legatam dedisse, nisi illud ipsum corpus tegatum sit, quod datum est: quod fit, cum illud unum et certo est designatum) Si heres adita hereditate nondum tamen agnito aut repudiato legato eam pecuniam mutuo dederit: an interim mutuum sit, necne, statuere non possumus; sed rogati haec solum respondere, pendere id ex legatarii voluntate velut tacita conditione: ut si legatum agnoscet, nullum omnino mutuum sit, ne ab initio quidem, quia dominium pecuniae in accipientem translatum non fuerit: quod nisi fit, mutuum non contrahitur; sin autem repudiabit, contra eveniat, ut jam a principio pecunia credita fuisse intelligatur, quia conditio tacita exstiterit, sub qua mutuum contractum fuerat.

In quo tamen quid hic Pomponius inter-
2 esse velit † in mutuo confirmando inter hujus conditionis tacitæ eventum, et eventum expressæ, diligenter animadvertendum est. Nam legatario legatum repudiante, et conditione mutui hoc modo quasi exsistente, non inde primum mutuum cofirmatur, sed retroversus ex die hereditatis aditæ: ad quod tempus traditiones ab herede factæ rediguntur, cum repudiatum est legatum, aut agnitum, ut hic in extremo scriptum est. Dissimiliter, atque cum mutuum sub conditione nominatim datum est: ex quo genere si conditio exsistat, contrahatur quidem mutuum, sed ita, ut cum ex eo solum tempore res accipientis esse incipiat, exinde quoque solum is qui accepit, sit obligatus, ut Pomponius in priore exemplo loquitur. Neque hæc inter se contraria sunt. Quæ enim conditio nominatim adjicitur, quam veram conditionem intelligimus, hæc in futurum concepta est, quæ ob id rem differt in id tempus, cum exsistet. §. *sub conditione*, *Inst. de verb. obl.* Cum autem heres rem legatam dat mutuo, dat ille quidem tacite secundum verba sub hac conditione, si legatarius legatum repudiaverit, nam aliter non fit mutua; sed hæc conditio potestate juris in hanc resolvitur, si heres jam tum sit dominus pecuniæ, cum pecuniam dabat: quandoquidem legatario postea repudiante semper heres retroversus dominus fuisse intelligatur. Porro certi juris est conditiones in præsens tempus conceptas non differre obligationem, etiam si eventus apud nos sit incertus. *L. cum ad præsens*, *infr. eod.* §. *conditiones*, *Inst. de verb. obl.*

Cum repudiatum sit legatum, vel appositum) Hoc, appositum, nemo est vel mediocriter eruditus, qui non mendose scriptum esse intelligat, ubi aut agnitum dici debuit, aut acquisitum: neque enim dicimus legatum apponere pro agnoscere vel acquirere. In lectione autem emendanda quid sequi debeamus, scriptura Pandectarum Florentinarum facile ac velut digito ostendit. In his enim scriptum legimus, agositum, quod declarat legendum fuisse acquisitum, quoniam orthographia alii verbo convenire non potuit. Quod et nondum editis Pan. Flo. Duareno visum est.



Ad L. Certi 9.

Ulpianus lib. 26. ad Edictum.

Certi condictio competit ex omni caussa, et ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo præsens sit obligatio. Cæterum si in diem sit, vel sub conditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere.

S U M M A R I A.

1. *Capita disputationis Ulpiani hoc loco.*
2. *Condictio certi qua ex caussa.*
3. *Caussa et obligatio cur sic conjuncta, et quomodo accipienda.*
4. *Certi condictio generalis est: specialis nulla.*
5. *Certum non significat mutuum in certi condictione, sed rem certam.*
6. *Ex caussa agendi propria non statim actionis proprium nomen et speciale.*
7. *Condictionis certi verbo dari hoc edicto novam actionem, quæ hoc nomine vocetur: non actionem in personam de re certa.*
8. *Condictionis certi proponendæ ratio.*
9. *Condictionis certi commoditas, et potestas.*
10. *Condictio certi propria actione, cum qua concurrit, sæpe mitior: nunquam autem gravior, plusve continet.*
11. *Condictione certi certum petitur, non incertum, eoque nec id quod interest.*
12. *Condictione certi res omnes certæ peti possunt.*
13. *Ad Condictionem certi sufficit rem certam esse, cum petitur, etsi ex contractu incerto.*
14. *Fructuum stipulatio exemplo est, quæ est ab initio incerta: ex ea tamen fructus nati petuntur certi condictione.*
15. *Fructuum stipulatio fit certa natis fructibus: ut diversis temporibus eadem recte dicatur incerta et certa.*
16. *L.* 4. D. de usur. *explicata.*
17. *Incertus contractus hoc loco non is, qui nullo nomine appelletur.*
18. *Id quod interest incertum.*
19. *Condictio certi non nisi ex presente obligatione, et cui bono id moneri.*
20. *Ante diem nulla actio nata ipso jure.*
21. *Incerti condictio nulla proposita edicto, quæ quidem sit certa actio, et quæ hoc nomine vocetur, Ut certi condictio.*
22. *Condictio certi cur edicto proposita: incerti nulla.*

INterpretans Ulpianus edictum prætoris de certi condictione, (est enim hic locus scriptus ad edictum, tractatio tota de certi condictione) explicat fusius, quod edicto de ea brevius comprehensum erat.

1 Tractatio in his † locis versatur: Primum enim docet, quando competat hæc condictio, seu quæ res huic condictioni locum faciant: tum de personis, quibus et adversus quos competat: tertio loco, quod initio definierat competere hanc condictionem ex omni caussa ex qua certum petitur, id propositis variis generibus caussarum maxime dubiis in universum verum esse confirmat. Primum *in principio*: Secundum in §. 1. Tertium in §. *quoniam, et deinceps*, quorum de unoquoque suis locis dicetur. Principio ergo, ut dixi, declarat, quando hæc condictio competat, idque ipsum complectitur definitione. Ea in summa nos docet, tria esse quæ conjuncta huic condictioni locum faciant; caussam agendi; rem quæ petitur; et petendi tempus. Caussam esse non certam aliquam, unam aut plures, sed generaliter omnem, ex qua quidem obligatio et petitio nascatur. Rem hujus condictionis propriam esse rem certam, quæ tunc certa sit, cum petitur. Tempus petendi esse, cum dies obligationis venerit, non cum erit obligatio in diem aut sub conditione. Sed quid de his scribat, ordine diligentius considerandum est. Est enim prope in singulis, quod dubitetur, non solum quid de his definiat, sed etiam quam recte. Quæ dubitatio omnis sic recte explicabitur, si distincte unaquæque ad sua capita, unde oritur, referatur. Hæc explicatio per occasionem primi capitis etiam hoc afferet, ut quod vulgo hic quæsitum est, et omissum ab Ulpiano, commode et in loco intelligatur, quæ sit hæc actio, quotuplex sit, quem usum quamque vim et potestatem habeat, ut operæ pretium fuerit eam proponi.

De caussa ita scribit Ulpianus: *competit certi † condictio ex omni caussa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur.* 2

Hæc

Hæc verba, *ex omni caussa*, *ex omni obligatione*, vel ut in aliis exemplaribus legitur, *et ex omni obligatione*, quomodo accipimus? Si pro conjunctis, verum quidem erit condictionem hanc competere ex omni obligatione, ex qua certum petitur: at illud, competere eam ex omni caussa ex qua certum petitur, falsum est. Nam et in actione in rem certum petitur. *L. si in rem*, *sup. de rei vind.* et petitur ex caussa: nempe dominii. *L. actionum*, *inf. de ver. ob. act.* Neque tamen ex hac caussa ulla condictio competit, toto enim genere distant actio in rem, et condictio, idest, actio in personam: et vero aperte traditum est neminem rem suam condicere posse præterquam a fure §. 1. *et* §. *sic itaque*, *et seq. Inst. de act.* Rursum pro disjunctis accipere ista non licet, quasi dictum esset competere certi condictionem ex omni caussa, *vel* ex omni obligatione *ex qua certum petitur.* Oratio enim disjunctiva ex duobus disjunctim affirmatis plus uno non exigit, aut statuit. *L. si quis ita stipulatus.* 129. *infr. de ver. ob.* §. *pen. Inst. de her. inst.* Hic autem qui statuit condictionem competere ex omni caussa, quocunque modo verbum *caussæ* acceperimus, idem alterum quoque necessario statuit competere eam ex omni obligatione, cum ex caussis quibusdam certis nascantur obligationes. Quomodo ergo, inquam, hæc accipimus?

3 Res ostendit neque † pro conjunctis, neque pro disjunctis debere accipi, sed ita, ut verbis duæ sint orationes, re sit una: quia ita sint duæ, ut posterior aliud non exprimat, sed sit explicatio et temperamentum prioris. Ex omni caussa si solum dictum esset, erat generalius, et verendum erat, ne quis verbo deceptus ita interpretaretur, quasi ad rem nostram petendam etiam certi condictio competeret. Addidit ergo Ulpianus ex omni obligatione ἐπεξηγητικῶς, ut sic locus accipi debeat, quasi ita scripsisset: condictionem certi competere ex omni caussa, *idest*, ex omni obligatione ex qua certum petitur; vel ex omni caussa, hanc autem accipe, ex qua eadem sit obligatio, ex qua certum petitur, neque enim aliunde nascitur condictio, idest actio in personam, quam ex obligatione. §. 1. *Inst. de act. L. actionum*, *infr. de ob. et act.* Sed hoc modo poterat Ulpianus obligationis verbo contentus esse, ut solum diceret condictionem certi competere ex omni obligatione, ex qua certum petitur: hoc enim si fecisset, satis expressisset etiam de caussa: quoniam non possit intelligi obligatio sine justa aliqua caussa, ex qua illa oritur. §. 1. *Inst. de obl.* Cur ergo addidit *ex omni caussa*, quibus verbis definitio carere potuit? Si addidit non otiose, non alia ratio reddi potest, quam quod verbum *caussæ* fuit in edicto quod interpretabatur: ut vel hinc conjectura sumi possit ita edictum fuisse, ut ad inscriptionem concepimus, *si certum petetur ex mutuo*, *aut si qua alia petendi caussa erit.* Quia ergo verbum *caussæ* erat in edicto, consulto idem verbum retinuit: Primum quidem ne quid alienum videretur tradere a verbis edicti; sed multo magis ut edicti interpretationi serviens, quod erat in verbo *caussæ* ambigui, interpretetur: quod fecit, cum addidit *ex omni obligatione*, ut intelligeremus quod dixi, condictionem certi competere quidem ex omni caussa, ut prætor loquitur; sed caussam hic accipi debere eam, ex qua obligatio nascitur: ex hac enim sola condictio competit. Neque ideo male concepit edictum prætor, qui generaliter hanc condictionem pollicitus est ex omni caussa, ex qua certum petitur. Ex actione enim quam pollicetur, non difficile fuit intelligere dicere eum caussam actioni convenientem. Porro condictio certi, de qua agit, est actio in personam: nec potest, ut dixi, in personam actio aliunde esse quam ex obligatione. Sed tamen hæc sententia est prætoris, quæ aliunde quam ex verbo caussæ intelligitur: id quod non statim omnibus occurit. Fuit interpretis, quod erat in eo obscurius, id interpretari. Summa hæc sit: competere certi condictionem ex omni quidem caussa, sed ea ex qua actio in personam natura sua nasci potest: proinde ex omni caussa, ex qua obligatio, et inde petitio nascatur, ut initio de caussis definivi. Notandum, quod dicitur competere ex omni caussa et omni obligatione in universum. Hoc qui dicit, aperte nullam excipit. Proinde cum earum caussarum ex quibus obligatio nascitur, quatuor genera sint: contractus, quasi contractus, maleficia quasi maleficia: §. 1. *Inst. de obl.* dicendum est competere certi condictionem non ex contractibus tantum, sed etiam ex quasi contractibus, maleficiis, ex quasi maleficiis, quod et verum est. De contractibus confirmatur in L. 4. §. 1. *supr. eod. L. in duobus*, §. *exceptio*, *infr. de jur.* De quasi contractibus confirmatur in caussa tutelæ et negotiorum gestorum in *d. L. in duobus.* §. *exceptio*: in caussa legati. in §. 1. *hac ead. L.* De maleficiis in caussa furti, et damni dati ex lege Aquilia, in *d. L.* 4. §.

1. *et ult. supr. et hac L.* §. 1. Quod si ex maleficiis hæc condictio competit, probandum est æque eam et ex quasi maleficiis competere; veluti de damno dato ob id, quod ex ædibus tuis aliquis dejectum effusumve est.

Sed an de omni certi condictione superior
4 rior definitio † accipienda est, an vero, quædam est certi condictio specialis, quæ ex una tantum aliqua causssa competat, non etiam ex omnibus? Hoc nos cogit quærere error eorum, qui certi condictionem duplicem faciunt: unam generalem, quæ hic definitur; alteram specialem, quam dicunt competere ex mutuo, de qua *Inst. quib. mod. re cont. obl. in pr.* item ex stipulatione certa, de qua *Inst. de verb. obl. in pr.* Scripsit hoc Accursius ad inscriptionem hujus tituli, et Bartolus ad hunc locum multis verbis defendere conatur. Etsi autem in agendi facultate parum refert, utrum certi condictio qua ad species aliquas utimur, generalis dicatur, an specialis, ut videri possit inanis esse hac de re longior disputatio; tamen quia hæc divisio ad reprehensionem hujus loci pertinet, falsas interpretationes variis locis affingit, et rebus non necessariis implicat lectores, ideo mihi error negligendus non videtur. Aperte vero ista distinctio hunc locum oppugnat, vel potius verbis hujus loci aperte refellitur. Etenim si est aliqua certi condictio specialis: aut falsa est Ulpiani definitio, aut stulta. Falsa, si nihil subaudimus, sed generaliter et absolute accipitur; cum speciales istæ quas dicunt, ex omni caussa non competant, ut vult definitio. Stulta, si aliquid supplemus, quo ea condictio, quæ hic definitur a specialibus istis distinguatur. Aut enim sic accipietur definitio, quasi dictum esset: certi condictio quædam competit ex omni caussa; aut quasi ita, certi condictio generalis competit ex omni caussa. Quandam condictionem si intelligimus, inepta est definitio, vel potius nulla, utpote æque incerta, ac si nihil dictum esset: quæremus enim amplius, quænam sit ista quædam: de quo prius quam constiterit, ne illud quidem constabit, an sit ulla quæ ex omni caussa competat. Generalem si adjicimus, jam fit plane definitio nugatoria, quæ idem per idem explicet. Quæ est enim condictio generalis, nisi quæ ex omni caussa generaliter competit? et quæ ex omni caussa competit, nisi generalis? Quorum ut nihil dici posset; tamen ad sententiam scriptoris et ad generalitatem orationis retinendam satis est dici, nihil istorum adjecisse Ulpianum: proinde nec adjicere voluisse, nec de his sensisse: quæ si ad rem ita pertinerent, ut essent necessaria, nunquam bonus et prudens scriptor in definitione seria, et ex professo instituta prætermisisset: certe sine summo vitio et certa reprehensione non faceret. Denique vetus est in legum interpretatione, et ab hoc ipso Ulpiano, atque ab aliis juris auctoribus magno consensu usurpatum, quod generaliter et infinite in legibus et veterum libris scriptum est, generaliter item et sine distinctione esse accipiendum: utpote scriptum a prudentibus: et intelligentibus, qui si quid adjiciendum esset, intelligerent, et quod faciendum esset, non omitterent. *L. metum autem, §. animadvertendum, supr. quod met. cau. L. item veniunt, §. a quo, supr. de her. pet. L. pretio, supr. de public.*

Sed cur laboramus? neque enim prius concedendum est verbum *generalis* in definitione hujus loci non dico subaudiendum esse, sed etiam admitti posse ad differentiam certi condictionis specialis, quam constiterit esse specialem aliquam, istam nimirum, quam dicunt esse ex mutuo aut ex stipulatione. At unde esse probant? Ex eo quod de mutuo scriptum est, *Inst. quib. mod. re contr. obl. in pr.* ex mutuo tuo nasci certi condictionem, nec quidquam adjicitur amplius: et quod de stipulatione certa idem traditur. *Inst. de verb. obl. in pr.* Nempe ergo ita colligunt: competit ex his certi condictio, ergo specialis. Pessime. Certi enim condictio generis nomen est, seu commune, cujus species, si istis credimus, sunt duæ: generalis illa quæ competit ex omni caussa, et specialis. Convenit autem inter omnes, et natura ostendit ex genere non recte colligi et statui speciem. Utputa, non recte sic colligitur, animal est; ergo est homo, potest enim esse brutum: actio est; ergo est actio in personam, potest enim esse in rem: actio est in personam; ergo est actio ex empto; potest enim esse ex stipulatu. Sic nec recte colligitur hoc modo: ex mutuo competit actio, quæ vocatur certi condictio; ergo certi condictio specialis: potest enim esse illa generalis, quæ pariter ex aliis quoque caussis competit. Et certe ex mandato quoque et societate dicitur competere certi condictio, ut hoc loco, et diserte in *L. in duobus, L. exceptio, infr. de jur.* neque tamen ex eo colligitur illic competere ullam specialem: quinimo omnium consensu non alia condictio illic accipitur, quam generalis illa, quæ hic ex omni caussa competere, et cum aliis specialibus concurrere dicitur. Quare nec cum dicitur ex mutuo

tuo competere certi condictio, alia necessario accipi debet, quam ipsa generalis, etiamsi maxime constaret ex aliis locis esse aliquam certi condictionem specialem. Nunc cum generalem hoc loco legamus, specialis autem certi condictio nusquam nominetur, aut ea quæ dicatur ex una tantum caussa competere: istam collectionem una cum re procul rejicere debemus. Cur ergo ex mutuo potius dicitur competere certi condictio, quam ex aliis caussis? non ideo, quia hæc actio sit mutui propria, nec cum aliis caussis communis; sed quia hæc ipsa communis ea est, quæ ex mutuo sola nascatur, ut si qua actio ex mutuo fuit nominanda, necesse fuerit hanc solam nominatim appellari: cum ex mandato, societate, negotiorum gestorum, et similibus propriæ sint actiones ex ipso contractu nomen sortitæ. Quid, si etiam ex ipso nomine certi condictionis, quæ dicitur competere ex mutuo, potius colligitur unam eandemque esse condictionem, quæ competit ex mutuo, et quæ ex cæteris caussis omnibus, eoque et communem ac generalem, eam ipsam quæ hic definitur? Et vero nomen rem ita esse satis nos docet. Quo enim nomine appellatur quæ ex mutuo nascitur? certi condictio, ut diximus, nec quidquam adjicitur præterea. Quo nomine appellatur, quæ competit ex cæteris caussis? certi item condictio, ut hoc loco. An dubitamus igitur eandem esse condictionem, cujus in omnibus caussis idem nomen reperitur? Verba enim sunt rerum notæ: quæ si propria sunt, nec ambigua, non potest unum nomen aliud demonstrare, quam rem unam: ut diversa necesse est diversarum rerum esse significantia. *L. si idem*, *C. de eod.*

Sed Bartolus ait in certi condictione certi verbum esse ambiguum: hinc pro varietate caussarum aliam atque aliam condictionem significare. Nam cum ex cæteris caussis dicitur certi condictio competere, certum proprie accipi dicit pro re certa, quæcunque sit: atque hoc sensu intelligi condictionem certi generalem; cum autem
5 dicitur competere ex mutuo, ait certum † significare mutuum, atque hinc esse certi condictionem specialem. Quod plane ita dicit, quasi juris auctores imperitos aliquos aut barbaros homines nobis proponeret, qui ignorarint, quid significaret *certum* Latinis; aut quasi proponeret nobis malignos scriptores, qui cum facile et intelligenter possent dicere mutui condictionem, quam et intelligebant; tamen erroris objiciendi caussa maluerint dicere condictionem certi pro mutuo; aut postremo, quasi jus ars esset quædam ludicra, aut veteratoria, quæ verbis ambiguis luderet, et imponeret legentibus, ut cum iisdem verbis actionem diversarum caussarum nuncuparet, tamen modo hanc, modo aliam intelligeret. Sed initio hujus tituli satis docui neque Latini sermonis rationem, neque juris auctoritatem pati, ut in certi condictione certum interpretemur aliud, quam rem certam. Quod si in certi condictione ex mutuo certum significat mutuum; in certi condictione ex stipulatione quid significabit? non mutuum, quia de mutuo illic non agitur, sed de stipulatione. Quid ergo? nempe rem certam, idem videlicet, quod in cæteris caussis. Et tamen Bartolus hoc loco cum Martino vult hanc condictionem esse specialem. Qui minus igitur et in certi condictione ex mutuo admittat certum accipi proprie, et significare rem certam, etsi eam condictionem specialem esse defendat? Veretur nimirum, ne in condictione certi ex mutuo admissa rei certæ significatione efficiatur eam condictionem esse generalem, non specialem et propriam mutui. Atqui isti rationi consequens fuit, ut certi condictionem, quæ est ex certa stipulatione, generalem esse diceret: propterea quod certum in ea condictione significare non possit mutuum; ex quo necesse sit, ut significet rem certam. Ipse tamen contempta sua ratione specialem facit. Ex quo apparet qualis ista sententia, ejusque sententiæ ratio habenda sit, in cujus reprehensionem ipse auctor imprudens incurrat. At enim, inquit, in condictione ex mutuo propria caussa agendi est hæc, quia mutuavi.

Ex caussa agendi propria et speciali propriam quoque et specialem actionem esse debere colligit. Non † recte colligit. Nam 6
et cum pretium peto ex vendito, utorque in eo certi condictione, ideo peto, quia vendidi: eratque Bartolus, si putat hanc intentionem satis esse, ut dicam me ideo petere, quia certum est, quod peto. Isto enim modo non ostenderet actio speciem futuræ litis; quæ tamen in omni actione instituenda demonstrari debet. Ago igitur certi condictione de pretio hac de caussa, quia vendidi: neque ideo tamen hæc condictio alia est omnium consensu, quam generalis, idest, illa quæ pariter ex aliis quoque caussis competit. Quare nec si in mutuo hæc caussa repetendi est, quia mutuum dedi, eaque caussa hujus contractus propria est: ideo certi condictio, quæ eo nomine competit, propria hujus contractus et specialis actio judicanda est. At actiones, inquit, me-

medio concludendi distinguuntur. Medium vocat caussam seu rationem, quæ redditur, quare nunc illud aut illud petatur. Itaque hoc sentit, ut caussa agendi erit, ita aliam atque aliam actionem futuram. Ut puta, alia est actio, qua peto decem, quia mutuavi; alia qua peto decem, quia fundum Tusculanum tibi vendidi; alia qua peto decem, quia ex societate, aut negotio meo a te gesto ad te pervenerunt. Respondeo: si actionis verbo intelligit Bartolus intentionem et litem, recte dicit: hæ enim revera prout agendi caussa erit, ita distinguuntur; sin intelligit nomen actionis: falsum est, ut primum caussa agendi diversa esse cœperit, continuo actionem variari: neque enim semper variatur actionis nomen. Ne longius abierimus, aliæ sunt caussæ agendi ex contractibus, aliæ ex quasi contractibus, aliæ ex maleficiis, et in singulis istis generibus variæ species occurrunt, quæ proprias et distinctas agendi caussas habent, ut ex singulis necesse sit aliam atque aliam intentionem et persecutionem esse. In omnibus tamen si certum condicitur, una actio competit certi condictio: generalis illa quidem, sic tamen, ut in omnibus unum idemque sit nomen actionis. Sed et in actione ex vendito, alia caussa petendi est, cum peto centum, quia fundum vendidi; alia cum peto decem, quia vendidi equum aut anulum. Una est tamen ex omnibus actio ex vendito. Ita fit in mutuo id, quod jam ante posui, non si propria hujus petendi caussa est, idcirco et certi condictionem quæ eo nomine competit, ejus propriam et specialem colligi debere: quod nihilo rectius facere possumus, quam si ex eo, quod ex caussa societatis, mandati, negotiorum gestorum certi condictio, datur, *d. L. in duobus*, §. *exceptio*, *infr. de jur.* colligamus certi condictionem quandam in societate specialem esse, quandam in mandato, quandam in negotiis gestis. Simpliciter enim in omnibus certi condictio dari dicitur, neque adjicitur generalis aut specialis. Una est igitur certi condictio generalis, ea, quæ hic definitur, quæ ut competit ex aliis caussis certis, sic ex mutuo, et ita ex mutuo, ut hic non sit alia condictio, quam ea, quæ datur ex aliis caussis omnibus: recteque Ulpianus, et vere hoc loco generaliter definit certi condictionem competere ex omni caussa, ex qua certum petitur. Quæ tamen definitio falsa est, si est aliqua certi condictio specialis, idest, quæ ex una tantum caussa, non ex omnibus competat. Non enim verbum generis et commune aliter accipi debet, quam ut omnes species complectatur. *L. si servitus*, *supr. de ser. urb. præd. L. Mævius*, §. *duorum*, *infr. de legat.* 1. Sed sive una est certi condictio eadem, quæ et generalis, ut volumus, sive est specialis aliqua, sic tamen, ut sit aliqua etiam generalis, ac de generali hic agitur: ipsa hæc generalitas definitionis, qua infinite dicitur certi condictio competere ex omni caussa, vitiosam sententiam habere videtur: et incertum facere, utrumne hoc edicto, atque his verbis ulla constituatur actio; aut si constituitur, an sit utilis. Primum dicat aliquis his verbis nullam actionem dari, sive intelligamus prætorem polliceri actionem ex omni caussa, ex qua certum petitur, sive intelligamus Ulpianum dicere hanc actionem competere ex omni caussa, quod tamen ille nisi ex sententia edicti non fecit. Quid est enim certi condictio, nisi actio in personam, qua certum petitur? nam actio in personam usitate in jure condictio appellatur. *L. actionum*, *infr. de ob. et act.* §. *appellamus*, *Inst. de act.* Porro actionem in personam de certo dare ex omni caussa, ex qua certum petitur, idest, ex qua certum peti potest, sive ex qua actio est ad id certum petendum, nihil aliud est, quam nugari, et cum aliquam actionem videaris dare velle, tamen re nullam dare. Datur enim mihi actio de certo, si eam habeo. Atqui si aliquam prius habui, non intelligitur mihi dari, quam jam habeo: §. *sic itaque*, *Inst. de act.* si non habui, ne verbis quidem hujus loci ulla mihi promittitur. Quin etiam nec commonefactio juris nostri his verbis contineri ulla intelligitur: quod si fieret, defendi edictum et definitio posset, cum pleraque prætorum edicta fuerint monitoria, proposita tantum eo, ut scirent cives, quid juris esset de re quaque, et se premunirent. *L.* 1. §. *eodem tempore*, *supr. de or. jur.* At ne hoc quidem præstatur his verbis. Nam si scio me habere actionem, non requiro, ut admonear: si ignoro, eam ego ex his verbis non consequor, cum detur tantum mihi sub conditione, si habeam; utrum autem habeam, ignorem: ut nihil hinc habeam certius, quam si nihil istius omnino hic scriptum esset. Et hæc ita sunt omnino, si condictionem naturaliter hic accipimus, ut significet actionem in personam. Neque enim hoc sensu condictionis verbo aliam hic actionem dari intelligere possumus, quam eam quæ competit, et quidem hac conditione, si qua competit: quod totum est nugatorium.

Intel-

Intelligendum est igitur certi condictionem 7 † hic non naturaliter accipi, ut fit superioribus in locis, quibus de condictionis et vindicationis significatione comprehensum est, in quibus verbum rem ipsam significat, ad quam significandam primo est inventum: sed τεχνικῶς, et significare non actionem in personam, sed certæ actionis nomen, seu actionem quæ ita vocetur: quæ apud Romanos, quorum lingua res gerebatur, talis futura fuerit, ut qui hoc experiretur, uteretur hoc nomine, et diceret se condicere certum id, quod petebatur. Et ideo *Inst. quib. mod. re contr. obl.* dicitur ex mutuo nasci non simpliciter certi condictio, sed actio, quæ certi condictio appellatur. Inde hanc actionem, non condictionem solum certi, sed, ut certæ actionis et speciei nomen liceat agnoscere (nam alioqui et aliæ actiones in personam omnes eodem modo appellarentur) condicticiam actionem, et actionem condictionis dici legimus: condicticiam actionem in *L. si quis certum*, *infr. eod.* §. *is quoque*, *Inst. quib. mod. re contr. obl. L. qui se debere*, *infr. de cond. cau. da. L.* 3. *C. de don. quæ sub. mo.* actionem condictionis in *L.* 2. *C. de cond. ob. cau.* Itaque in verbo certi condictionis idem accidit, quod in actione ex empto, et actione ex stipulatu. Actio ex empto bifariam dicitur: interdum intelligitur hoc verbo actio ex emptione; ut emptum hic naturaliter emptionem significet: interdum et frequentius ita actio ex emptione, ut sit actio quæ proprio hoc nomine vocetur, et emptori tantum competat. Sic et actio ex stipulatu nonnunquam dicitur, quæ nascitur ex stipulatione quæcunque sit, ut hic stipulatus naturaliter significet stipulationem. Ut plurimum autem significat certum nomen actionis, ejus nimirum quæ ex stipulatione incerta nascitur, hoc nomine ei ab arte tributo: de qua varietate dixi ad *L. si quis certum*, *infr.* Idem fit et in verbo certi condictionis. Naturaliter loqui si volumus, et eo modo quo verbum hoc non nomen rei, sed rem ipsam significat, nihil prohibet certi condictionem dicere, ut intelligatur actio quævis in personam ad petendum id quod certum est, etsi sit actio pro socio, mandati, locati, ex vendito, et similes. At cum de certa actione agitur, quæ edicto datur, ut hoc loco, non nisi certæ actionis nomen, seu actio quæ hoc nomine appelletur, hoc verbo intelligenda est. Id nomen hanc actionem distinguit a cæteris, quæ propriæ ex quaque caussa competunt. Differentia spectatur non in re, sed solum in formula actionis. Verbi gratia, pretium ex vendito quis petit. Hoc nomine propositam actionem habet venditor duplicem, ex vendito propriam solius emptionis, et hanc certi condictionem cum aliis etiam caussis certis omnibus communem. Ex utraque actione si rem spectamus, caussa agendi eadem, petitio quoque rei eadem. Si aget actione ex vendito, hoc dicet, se fundum Tusculanum, exempli gratia, tot aureis vendidisse, hos se aureos petere. Si condicet, non petet aliud quam hoc ipsum pretium, sed et cur petat, eandem illam caussam adjicere debebit, quia vendiderit. Hoc interesset olim inter utramque actionem, quod ex vendito quis agens hujus actionis nomine et propria formula uteretur: condicturo autem legitima hæc et recta esset intentio, si omisso nomine actionis ejus contractus propriæ diceret, adversario se condicere certum id de quo agebatur, seu in eo petendo uti certi condictione, seu condictione si certum petetur, *hac L. certi*, §. *ult. L. rogasti*, §. *ult. L. si institorem*, *L. cum fundus*, §. 1. *infr. eod. L.* 1. *infr. de cond. trit.* Hæc vero nova est actio et intentio, distincta ab aliis. Ex quo eveniet ut si forte ex ea caussa certum petatur, ex qua jure alia sit et propria actio, incipiant post hoc edictum duæ esse eo nomine actiones speciales et distinctæ: vetus, et hæc nova. Specialis, si cum aliis specialibus actionibus conferatur, a quibus diversam speciem constituit: Generalis eadem, si referatur ad caussas ex quibus agitur, quia ad omnes generaliter pertineat, quarum utra libet liceat expetiri; sic tamen, ut altera per alteram consumatur. Quod cum pene diserte traditum sit in *d. L. in duobus*, §. *exceptio*, *infr. de jur.* quin hic non simpliciter actio in personam de re certa, sed certa actio, et si cum aliis conferatur, specialis promittatur, dubitari non potest. Hoc sensu, est quod detur hoc edicto: et definitione hujus loci: quodque non minus significanter ipsis verbis dari intelligatur, etsi indefinite detur certi condictio ex omni caussa, omnique obligatione ex qua certum petitur, sine ullius certæ caussæ expressione. Nam si ex aliqua caussa nulla obligatio est, intelligimus ex ea ne hanc quidem actionem prætorem polliceri. Si est obligatio, non dat eam quæ prius fuisset, idest, nihil, sed hanc novam: solam quidem, si certa actio ante nulla fuit ex ea caussa, veluti ex mutuo; si autem fuit alia, hanc adjungit, ut quod ante dixi, concurrere jam incipiant in eam caussam duæ actiones.

Sed actione hoc loco ita constituta, quæ nova sit ac distincta ab aliis quæque eadem intelligatur: tamen hæc dubitatio adhuc supe-

8 perest, an † sit actio ita proposita utilis. Licet etiam hic quærere, quod de actione fructuaria a prætore proposita quæsitum legimus in *L. si cujus*, §. *denique*, *supr. de usufr.* quod bonum fuerit hanc actionem prætorem polliceri ex omnibus caussis, ex quibus certum petitur, cum ex his competant magis aptæ, utpote suæ et propriæ cujusque negotii, actiones. Ex venditione, exempli gratia, est actio propria ex vendito, ex societate pro socio, ex mandato mandati, ex negotii administratione negotiorum gestorum: quibus propositis non solum recte agitur, sed etiam verbis rem de qua agitur proprie significantibus species futuræ litis optime demonstratur. Quid igitur in his opus fuit proponere aliam actionem, maxime eam quæ proprie rem gestam non declararet: et quæ tandem ratio fuit hujus actionis ex omni caussa proponendæ? Dixi in explicatione hujus tituli certas fuisse caussas, ex quibus quamvis obligationem jure nasci constaret, nullæ tamen essent certæ et vulgares actiones: hujus generis fuisse mutuum et stipulationem. De contractibus igitur agens prætor, et in his in primis de mutuo, de eo hanc actionem proposuit. Hoc vero non modo utiliter, ut esset ex mutuo certa actio sed etiam necessario: quia hac non proposita nulla esset ex eo certa actio et vulgaris. Idem fecit et postea prætor in stipulatione; sic tamen, ut quia uno edicto proponeret certi condictionem ex certa stipulatione, ex incerta autem actionem ex stipulatu: ideo alio et proprio edicto in ea reuteretur. Ita manifesta utilitas atque adeo necessitas certi condictioni proponendæ primum in mutuo locum dedit. Hinc occasione nata hujus actionis introducendæ, quod videretur actio et ad alias caussas non inutilis, plus complexus est edicto prætor: et post commemorationem mutui, de quo præcipue cavebat, generaliter deinde de omnibus caussis edixit, ut quæcunque essent, ex quibus certum petitur, de omnibus certi condictionem polliceretur: morem in eo nimirum suum et perpetuum secutus, ut cum occasio utilitatis ex aliqua specie esset oblata, non de ea specie tantum, sed de toto genere ediceret, adjuvandi confirmandive juris civilis gatia, quem morem testantur præcipue bonorum possessiones ab illo propositæ, et Justinianus in §. 1. *Inst. de bon. poss.* item *L. jus autem*, *supr. de just. et jur.*

Neque vero etiam in iis caussis, ex qui-
9 bus propriæ sunt actiones, certi † condictionem constitui sua utilitate caruit, ne quis hanc actionem in his ut inutilem repudiet. Utilitas duabus in rebus spectatur, commoditate agendi, et potestate atque effectu actionis. Commoditas in eo, quod pluribus actionibus propositis facilius ad jus nostrum pervenire possumus, dum licet eligere quamlibet, et quæ nobis videbitur aptior, hac lege ut una alteram consumat. *L. qui servum*, §. 1. *infr. de obl. et act. L. in duobus*, §. *exceptio*, *infr. de jur.* Potestas et effectus actionis hic est, quod condictio natura sua multis in rebus sæpe est mitior, quam propria actio quæ ex eodem genere competit. Hanc naturam condictio, dum ea agetur, retinebit. Propriæ actioni interdum infamia adjuncta est, quæ sequitur damnatum, ut si agatur mandati, aut tutelæ. *L. 1. supr. de his qui not. inf.* Eodem nomine si agatur condictione certi (quod licet ex hoc loco, dum certa pecunia petatur) damnatus reus infamis non erit ex natura omnium condictionum: quoniam cessat ignominia in condictionibus, quamvis ex famosis caussis pendeant. *L. cessat*, *infr. de obl. et act.* In bonæ fidei judiciis si actione singulorum propria agatur, usuræ ex mora officio judicis in condemnationem venient. *L. quæro*, *infra loc. L. mora*, §. *in bonæ*, *infr. de usur.* Condictione si agetur, usuræ non venient, sed sola debita quantitas repetitur. *L. 1. C. de cond. ind.* Interdum propria actio ejusmodi est, ex qua lis crescat adversus inficiantem. Non crescet, si ejusdem rei nomine condictione certi agatur. Ut puta, equi occisi æstimationem si dominus petat, agatque ex lege Aquilia adversus eum, qui occidit; si is ab initio negaverit se occidisse, dupli actio et condemnatio est. *L. inde*, §. *hæc actio*, *supr. ad leg. Aq.* Cum eodem si certi condictione agatur, L. §. 1. non erit condemnatio etiam adversus inficiantem, nisi in simplum, ut nec si alia actione eodem nomine agatur. *L. item veniunt*, §. *cum prædiximus*, *supr. de pet. her.* Hæc eo dicimus, quia hic actio constituitur, non quæ sit eadem cum priore, et cujusque caussæ propria, sed diversa: non quæ subrogetur in prioris locum, sed quæ cum illa concurrat: sic tamen, ut singulæ suam naturam, quæ jure cuique tributa est, teneant. Conditio autem simplum quod debetur, tantum petit, et præstat, nihil amplius; nisi quod post judicium acceptum venit et caussa. *L. cum fundus*, *infr. eod.* Hinc dubitatio incidit, num ut certi condictio eertum simplum ab initio petens nihil amplius consequitur, eoque nec infamiam irrogat, nec inficiationis pœnam quia in eo naturam suam retinet,

nec assumit novam: ita consentaneum sit, ut naturam ubique eandem retinens, dum rei persecutionem continebit semper perpetua sit, et in heredes detur, etsi actio ejus negotii, de quo agitur, propria aliter se habeat. Sic enim traditum est, quæ actiones rei persecutionem continent, eas et perpetuas esse, et dari in heredes. *L. in honorariis*, *infr. de obl. et act. L. si pro fure*, *et ult. infr. de cond. fur.* Nec propria actio nos moverit. Condictionem enim certi specialem esse et distinctam a cæteris jam diximus.

Et ne his rebus decepti plus tribuamus huic actioni, quam oportet, ad vim et potestatem hujus actionis illud quoque per-
10 tinet † monere, ut certi condictio sæpe propria actione ejus caussæ de qua agitur mitior est; ita nunquam evenire ut sit gravior plusve contineat: sed si illa temporalis est, aut non detur in heredes, ita et hanc futuram: quod vulgo recte placuit. Si mancipium, puta, in ea caussa, ut redhiberi possit: actio eo nomine intra sex menses utiles constituta est; quod si quanto minoris agatur, annus utilis est. *L. sciendum. §. ult. infr. de æd. ed.* Sit actio ex maleficio pænalis: hæc in heredes non datur, et sæpe non ultra annum. *§. 1. et §. non autem*, *Inst. de per. et temp. act.* Quoniam ex iisdem caussis certi condictionem esse volumus, ubi certum petitur, dicemus et hanc ipsam eodem tempore finiri, et similiter in heredes non transire. Ut hoc dicamus facit constitutio hujus actionis, quæ posita est hoc loco iis verbis, ut longius procedere non posset, quam vetus et propria ejusdem caussæ actio. Proponitur enim ex omni caussa sed nominatim ex qua certum petitur, idest, jure petitur: proinde ex qua certum jure peti potest. Ne sit igitur ex aliquo facto aut negotio potestas petendi, ut quia actio, idest, jus petendi tempore aut morte debitoris interciderit. Consequens erit ex ipsi verbis seu edicti, seu hujus loci huic condictioni locum non esse. Non refragatur huic sententiæ condictionum natura, et regulæ juris de actionibus rei persecutoriis traditæ. Quod enim dicitur actiones esse perpetuas, quæ rei persecutionem continent, hactenus verum est nisi quod tempus lege aut edicto actioni sit præstitutum, intra quod experiri liceat. Ultra id actio non dabitur: quod in actione redhibitoria, et quanto minoris, de quibus dixi, ab Ædilibus factum esse, et servari videamus. Id vero et in hac conditione factum esse ex superioribus verbis intelligere possumus. Quod de tempore certo præstituto servando dixi, id et de eo accipiendum est, si cautum sit lege aut edicto, ne actio daretur heredibus aut in heredes: ut in universum vere, ita dicturi simus, ubi de actione rei persecutionem continente nihil aliud aperte constitutum est, eam juxta regulas juris et perpetuo et in heredes dari, quia sententia legis non repugnet. At ubi quid contra cautum est nominatim, hic nihil amplius quærendum esse, quam ut servetur, quod lex voluit, cujus in potestate fuit modum beneficio suo præstituere. Hæc de caussis hujus actionis, et maxime quam recte ea detur, dicaturve competere non certo, sed indefinite ex omni caussa, ex qua certum petitur. Quod quoniam aliter explicari non potuit, quam conditione actionis et utilitate cognita: idcirco hic quod necesse fuit, quotuplex esset hæc actio, quid hic verbo condictionis intelligeretur, quæ fuerit caussa ejus proponendæ, quemque usum actio haberet, ostendi. Sequitur, de re hujus condictionis propria quid Ulpianus scribat, videamus. Ait competere hanc actionem ex omni quidem caussa, sed ex qua certum petitur: quod valet ex omni caussa sub conditione, si ex ea certum petatur. Hac adjectione tria complectitur, quibus hujus rei descriptio continetur. Nam primum cum certi condictionem adjicit, ostendit rem certam esse oportere, quæ hic petatur. Cum autem certum generaliter nominat, nec exprimit quod certum, ostendit secundo loco, dum res certa sit, quæ petitur, omnem hac actione recte peti. Postremo cum rei certæ conjungit ejus rei petitionem, ut dicat non ex qua certum est, sed ex qua certum petitur: declarat, etsi forte ab initio res incerta debita fuerit, dum tamen certa petatur, idest, dum sit certa, cum petitur, ad actionem sufficere. Ita in summa res hujus actionis propria est res certa, et ea omnis: nec amplius de ea exigimus, quam ut sit certa, cum petitur. In primis certum, ut apparet, hæc condictio exigit.

Competit, inquit Ulpianus, *ex omni ca-* 11
ussa, *ex qua* † *certum petitur*. Hoc ipsum aperte et nomen indicat. Dicitur enim certi condictio non ob aliam caussam, quam quod certum non incertum condicit. Hinc tractatum in interpretatione hujus edicti, quid sit certum: de quo in *L. certum*, *supr.* ut hoc jam plus quam constet, hac condictione quod incertum sit, peti non posse. Proinde nec potest id quod interest, res pronuntiatione plane incerta: de quo tamen quia in hac definitione quidam paulo

lo post litem movent, cum eo ventum erit, ibi de eo nonnihil amplius a me attingetur. Quid ergo fiet, si quid incertum petetur? an nulla hic est condictio communis, ut de rebus certis; an vero ut de certis certi, ita de incertis incerti condictio est? Non puto. Sed cum sit hic locus de alia specie, videtur tunc commode attingi posse, cum definitionem Ulpiani de certi condictione propositam exposuero. Certum ergo esse oportet, ut competat hæc condictio. Sed ut hoc exigimus; ita dum petetur certum, quodcunque id erit, ad condictionem sufficit. *Competit*, inquit, *ex omni caussa, ex qua certum petitur.* Non adjicit quod certum, et cujus generis. Proinde quæcunque res erit certa, quæ petitur, hanc accipiemus: ut in omni oratione generali fieri debere præcipitur notis locis. *L. metum autem*, §. *animadvertendum*, *supr. quod met. cau. L. item veniunt*, §. *a quo*, *supr. de her. pet. L. de pretio*, *supr. de publ.* Sive ergo res erit mobilis, sive soli; et sive sit species, ut Stichus sive pecunia numerata, aut alia res pondere, mensurave constans, recte hac condictione ad eam petendam utemur. Cui rei manifesto argumento est et ipsum nomen: non enim dicitur pecuniæ numeratæ, aut alterius speciei certæ condictio, sed condictio certi sub appellatione generis, ut intelligamus et hoc generis nomen esse ad omnem rem certam pertinens. Nec metuemus, ne dum hoc dicimus, contrarium sit quod idem Ulpianus in *L. 1. infr. de cond. trit.* eum *qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione uti*, *si certum petetur*, idest, uno verbo, certi condictione: *alias autem res per triticiariam petere.* Neque enim his verbis sic alias res tribuit condictioni triticiariæ, ut tribuat soli, non etiam certi condictioni; sed ut tribuat solas, pecuniam numeratam excipiat. Nec quia per adversativam dicit, de aliis rebus Triticiariam competere: ideo de his negat competere certi condictionem, tametsi prius hanc pecuniæ numeratæ tribuerat. Dum enim prius dicit de pecunia numerata condictione certi agi, magis vi ipsa negat de ea agi posse condictione Triticiaria: id quid postea per adversativam recte dicit diversum esse in aliis rebus. Sed de ejus loci sententia opportunius illi dicetur: ex quo etiam intelligeretur, quodnam sit inter has actiones discrimen.

12 Ut tamen † dum certum petatur, nihil refert ad certi condictionem, quae res petatur, sed omnis hac condictione peti potest, ita dum certa sit eo tempore, quo petitur nihil ad rem pertinet, fueritne certa in contractum deducta, an incerta. Idque est, quod Ulpianus cum dixisset hanc condictionem competere ex omni caussa, ex qua certum petitur: adjicit, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Certus contractus ab initio is est in quem res natura et pronuntiatione certa deducitur, ut fundus Tusculanus, aurei decem. *L. stipulationum quædam.* juncta *L. ubi seq. in pr. infr. de verb. obl.* Incertus ex quo certum petatur, est is, in quem ab initio deducitur res incerta, sed quae tempore prius quam peti possit, certa fit, ut si postea petatur, non possit peti nisi certa. Ex certo contractu si certum petatur, non mirum, si in hanc rem certi condictionem competere dicimus. Concurrunt enim omnia ad certi condictionem: ipsius rei petitae certitudo, et certitudo contractus, id est, ejus caussae, ex qua condictio nascitur. Sed potuit dubitari, an idem dicendum sit, ubi contractus ab initio est incertus, etsi maxime ex eo petatur certum: quasi caussa incerta certam actionem dare non possit. Ait ergo Ulpianus aeque † hanc 13
condictionem ex incerto contractu competere, dum certum sit, quod petitur: significans si ab initio incertum deductum sit in contractum, post autem tempore res promissa certa facta sit, quaeraturque de certi condictione: non initium contractus sed tempus petitionis in hac re esse spectandum, ut quia certum petitur, etiam certi condictio locum habeat. Quod ex verbis edicti sumptum est. Non enim datur haec condictio ex omni caussa certa, sed ex omni *ex qua certum petitur*, quae verba non obscure ad petitionem rei, non ad contractus initium referuntur, et quandocunque atque undecunque certum petatur, hanc condictionem tribuunt: ut consequens sit etsi petatur ex incerto contractu, condictioni locum esse. Meritoque id ita placuit: non enim debet obesse prior incertitudo contractus, quae tempore jam sublata est.

Sed quaeritur exemplum † contractus in- 14
certi, idest, ejus in quem incertum deductum sit, ex quo tamen petatur certum ita, ut sit etiam ex eo certi condictio. Bene Jacobus Aretinus vetus interpres, cujus sententiam Bartolus hic refert, et probat, exemplum protulit in stipulatione fructuum, et eorum quæ ex re aliqua certa et designata postea nascentur: quo eodem in hac re usi sunt Eguinarius Baro ad *tit. Inst. de verb. obl. in pr.* et Franc. Duarenus ad *L. ubi*, §. *illud*, *infr. de ver. obl.* Si quis id quod ex Arethusa ancilla natum erit; aut fructus qui in fundo Tusculano nati

erunt,

erunt, dari sibi stipulatus sit: stipulationem, ut incertæ rei, ita et a principio incertam esse constat: idque ita diserte scriptum est in *d. L. ubi*, §. *illud*, Sed ita est incerta, ut tamen ex ea petatur certum, et quidem ita ut ex ea aliud quam certum peti non possit. Nam antequam quid natum sit, nulla actio est, cum habeat stipulatio hanc conditionem, si fructus nascantur. *L.* 1. §. *ult. infr. de con. et dem.* Natis fructibus, de his ipsis actio nascitur: sed et hi natura certi sunt, ut dicendum sit, dum hi petentur, certum peti: et quia soli qui nati sunt, petuntur, ideo et solum quod certum sit, peti ex hac stipulatione. Hoc ergo illud est, quod intelligimus sentire Ulpianum, etsi stipulatio fructuum proponatur, quæ a principio incerta est; fructus tamen postea natos certi condictione ex ea stipulatione peti posse, et debere; quia in his petendis certum petatur, etsi ex incerto contractu, prætor autem hoc solum spectet, an certum petatur. Conveniunt ita hæc omnia verbis Ulpiani, et edicti, ut etiam his ipsis verbis omnino efficiantur. Sed laborat sententia ab aliis locis: quam ob caussam et interpretatio in dubium re vocatur: de quo amplius considerandum est. Verendum vero, si certum incertumve contractum ex re in contractum deducta hic accipimus, ne sententia superior non modo definitione Justiniani contraria, sed etiam eodem isto exemplo stipulationis fructuum maxime refellatur. Justinianus agens de actionibus, quæ ex stipulatione competunt, *Inst. de ver. obl. in pr.* duas actiones tradit ex stipulatione proficisci, certi condictionem, et actionem ex stipulatu: hanc quidem ex stipulatione incerta; condictionem autem certi nominatim hac conditione, si certa sit stipulatio. In quo sub una specie aperte ad certi condictionem, ut ex certo contractu agatur, exigit. Quod ad stipulationem fructuum attinet, quo exemplo supra usi sumus, de ea non uno in loco ita scriptum videtur: quasi huic non alia actio, quam incerti ex stipulatu competat. Primum in *d. L. ubi*, §. *illud*, instituta ex professo de certis et incertis stipulationibus disputatione, Ulpianus ipse, qui et hujus loci auctor est, nominatim stipulationem fructuum et similium rerum inter incertas numerat. Quorsum? nisi ut ex eo de genere actionis statuamus, intelligamusque ut ex certa stipulatione certi condictio est; sic ex ista quam incertam dicit, competere actionem ex stipulatu juxta distinctionem de his actionibus a Justiniano traditam in *d. tit. de ver. obl. in pr.*

Tum autem in *L.* 4. *infr. de usur.* diserte scriptum est, ex hac stipulatione rem dari, vacuamque possessionem tradi, stipulatorem fructus postea captos actione incerti ex stipulatu consecuturum: quasi hæc actio una ad fructus omnes in contractum deductos petendos pertineat. Et fuerunt olim, qui moti, ut credibile est, his objectionibus, a superiore interpretatione consulto refugerunt, et contractum certum hic sunt interpretati eum, qui certum nomen habet; incertum eum, qui nullo nomine appellatur: ut cum do ut des, facio, ut des, nec contractus in aliud nomen transit: ex quibus etiam certi condictionem esse voluerunt, et de his Ulpianus sentire. Quam sententiam commemorat Accursius ad verbum, *certo*, et in hac Petrum fuisse Bartolus hoc loco refert. Nec desunt nostra ætate, qui eodem modo interpretentur. Quid ergo, si et ipsi sequamur idem, et eodem isto modo nos istis objectionibus levi opera liberemus? Et esset commodum, si liceret. Sed duo prohibent. Primum, quod ea sententia quam posuimus, si verbis convenit, non minus et ipsa per se vera est, nec superiores loci adversantur. Deinde quod si res haberet aliquid dubitationis; tamen quidvis ferendum sit potius, quam recipiendum, ex contractu, cujus nullum sit nomen, quicunque is sit, certi condictionem competere. De sententia ipsa statuatur id, quod supra dixi: Si certi condictio competit ex omni caussa, ex qua certum petitur; consequens esse, si quid petatur certum, idest, ejusmodi, quod certum sit, cum petitur, huic condictioni locum esse, ut petitionis tempus solum spectare debeamus, non initium contractus. Nec nos moverint, quæ contra attulimus: aut enim superiorem sententiam confirmant, aut certe non lædunt. Justinianus scribit non competere certi condictionem ex stipulatione, nisi et stipulatio certa sit. Hoc nihil verius. At hoc ipsum dicit, qui ex stipulatione fructuum, quæ initio incerta est, dicit competere certi condictionem de natis fructibus. Quippe his natis eodem tempore evenit, ut peti possit certum, et simul certa fiat stipulatio: quinimo ita est conditio hujus stipulationis, ut non possit hinc nasci actio nisi ex certa stipulatione ne ab initio quidem: ut dicendum sit hoc exemplo maxime sententiam Justiniani confirmari, vel si malumus, Justiniani definitionem sententiam superiorem de certi condictione in hoc exemplo confirmare. Utrumque enim tempus spectemus, et cum fructus nati non sunt, et cum sunt nati. Id ita esse, ut dixi,

xi, reperiemus. Et fructibus quidem nondum natis, stipulationem jam ab initio incertam esse verum est; sed non ideo interim ex stipulatione incerta actionem nasci dixeris: si quidem per id tempus nulla omnino actio ex ea stipulatione nascitur. Hæc enim stipulatio; *fructus qui ex illo fundo nascentur, dabis*, verbis pura est, re conditionalis: habet enim hanc conditionem, si fructus nascentur. *L. 1. §. ult. infr. de con. et dem.* Conditione pendente non modo nulla nascitur actio, sed ne obligatio quidem *L. cedere, infr. de ver. sig.* Natis vero fructibus, ut tunc primum conditio stipulationis exsistit, ita primum et fructus debentur, et primum peti posse incipiunt. At ex qua stipulatione? nempe certa, non incerta: ut consequens sit, quod dixi, non nisi ex certa stipulatione hinc nasci actionem. At quomodo actionem dicamus nasci ex certa stipulatione, quam ab initio incertam esse concedimus? Quia ut res sunt, quæ stipulatione continentur, ita est et stipulatio: certa nimirum, aut incerta, dividua, aut individua *L. ubi, in pr. L. stipulationes non dividuntur, infr. de ver. obl.* Fructibus non natis, nihil dum hic certum est: quia tum ignoratur, an quidquam nascatur, et quod nascetur, quale futurum sit, aut quantum. Ideo per id tempus stipulatio jam a principio est incerta. *d. L. ubi, §. illud, de verb. obl.* At nati non minus certi esse incipiunt, quam est ipse fundus, unde nascuntur: certa enim corpora sunt, nec minus certo loco definita. Quapropter his natis ut res stipulatione comprehensa certa facta est, ita et propter rem incipiet certa esse stipulatio, quæ prius incerta fuerat. Nec quia ab initio stipulatio fuit incerta, ideo dixerimus etiam fructibus natis talem quoque perpetuo debere existimari: potius enim in contrarium colligi debuit hoc modo: Prius incerta dicebatur, quia nondum natis fructibus incertum stipulatio continebat: proinde his natis, idest, commutata ratione, necesse est stipulationem certam fieri, quæ rem certam cœpit continere, ut contrariarum caussarum contraria sit effecta. Nec quisquam miretur, si eandem stipulationem modo incertam, modo certam esse dicimus: cum videat rem quæ in stipulationem deducta est, et unde certitudo est aut incertitudo stipulationis, modo incertam esse, modo tempore certam fieri. Et quid mirum circa certitudinem stipulationis hæc dici, cum constet pro vario tempore conditionis stipulationem quoque variari, et novam formam induere? nam pendente conditione stipulatio est conditionalis, ex qua nihil debetur: conditione autem impleta, incipit stipulatio esse pura, quæ obligationem et actionem parit. Effectum est igitur in stipulatione fructuum et similium rerum ita competere certi condictionem de eo quod certum petitur, idest, de natis fructibus juxta Ulpiani definitionem, ut simul eveniat quod in hac actione Justinianus exigit, ut nimirum certi condictio non sit solum de re certa, sed etiam nascatur ex certa stipulatione, et quidem ita: ut hic aliunde quam ex certa nasci non possit.

Sed si hoc ita est, videamus, dixerit aliquis, ne pugnantia loquamur, nosque ipsos refellamus. Prius enim stipulationem fructuum protulimus, ut esset in ea exemplum, in quo fructibus natis certum peteretur ex contractu incerto, ut exemplum definitioni Ulpiani congrueret: quo significamus incertum hic contractum esse, ex quo certum petitur. Nunc velut obliti ejus quod propositum est, dicimus fructibus natis certam fieri stipulationem, atque hinc nasci certi condictionem ex contractu certo, quæ sunt contraria. Quod si ante non intelligimus in stipulatione fructuum natis fructibus certum peti ex contractu incerto, sed, ut modo dixi, ex certo: inepte exemplum huc accommodamus, quod tantum abest, ut conveniat huic loco, ut maxime ei adversetur. Ita fit, ut interpretatio una cum suo exemplo repudianda sit, in qua ipsi aut nobiscum, aut certe cum Ulpiano pugnemus. Nos vero neque hic pugnantia loquimur, et Ulpiani verbis atque sententiæ maxime consentanea dicimus. 15 † Stipulationem fructuum postquam fructus nati sunt, certam esse volumus. Et est re vera, ut ostendi: quo fit, ut recte hic dicatur actio esse ex contractu certo: proinde et hinc competere certi condictio: quod Justiniani definitione convenit. Sed nihilominus et post fructus natos ipsam hanc stipulationem Ulpianus incertum contractum vocat: quod non est superioribus contrarium. Vocat enim ita non ex re et statu præsente, quo inspecto non potest stipulatio non esse certa, quæ rem certam continet; sed ἀναφορικῶς more loquendi auctoribus nostris familiari, habita nimirum ratione ejus non quod nunc est, sed quod fuit antea. Fuit enim ab initio stipulatio incerta, eoque incertus contractus. Conditione postea mutata, tamen retinetur prior appellatio, vocaturque et nunc contractus incertus, qui talis fuit initio, ut intelligatur cujusmodi contractum Ulpianus significet. Sic dicimus tutorem finita tutela teneri tutelæ, et contrariam actionem habere. *L. 1. infr. de tut. et rat. dist. L. 1. §. finito, infr. de con. tut. act.* cum

cum tamen finita tutela tutor amplius non sit. Item dominum post mortem aut manumissionem servi teneri intra annum de peculio. *L. 2. infr. quan. de pec. ac. an. est.* cum morte vel manumissione peculium esse desinat. *L. ult. infr. quan. de pec.* Utrumque tamen recte et ex usu loquendi: quia et illic tutorem dicimus, qui ante fuit; et peculium, quod ante fuit peculium: utrumque quo magis designetur persona et res, de qua agitur: ut dicitur insula, ager qui prius erat insula in *L. insula, in fi. infr. de acq. rer. dom.* Similiter et hoc loco eum contractum, ex quo certum petitur, vocat Ulpianus incertum, non quia nunc sit talis, sed quia ante fuit incertus, et ab initio. Id eum sentire cum ex re ipsa, tum ex antithesi qua utitur, et ex ejus instituto apparet. Ex re; quia ita est conditio cujusque contractus, ut non possit ex eo certum peti, nisi et ipse sit certus. Neque enim certum ex contractu peti potest, nisi certum contineatur contractu: nec potest certum contractu contineri, quin et contractus ex re quam continet, sit certus. Antithesis qua utitur, hæc est: opponit certi petitionem contractui incerto: certi autem petitionem intelligit, non certi nominis, sed certae rei petitionem, seu petitionem, in quam res certa deducitur. Ergo et contractum incertum, non qui nomine incertus sit, sed quem res incerta in eum deducta certum fecerit. Institutum ejus patet: propositum enim ei est docere, satis esse ad certi condictionem, si certum petatur. Quo significat etsi aliud tempus fuerit, cum certum ex contractu peti non posset; tamen si tunc cum petitur, certum petetur, condictionem competere. At non fuit aliud tempns, cum certum peti non posset ex eodem contractu, nisi cum ab initio incertus fuit re incerta in eum deducta, ac deinde res eventum certa facta est. Quare et hoc ipsum vult intelligi, quamvis certum petatur, ex ejusmodi aliquo contractu incerto, idest, eo qui ante et ab initio fuit incertus, tamen initium contractus non obstare certi condictioni; quia semper verum sit certum peti, quod solum praetor exigit. Quod si illud accedit, ut re certa facta simul condictio nascatur ex contractu qui nunc re vera certus sit, quod et ipsum eodem tempore evenire docui: conficitur, quod volumus, ut quemadmodum recte dicitur, et ex hujus loci sententia ex eo genere certi condictionem dari ad certum petendum: ita et maxime idem confirmetur illo ipso loco, quo Justinianus ad certi condictionem exigit, ut agatur ex certo contractu; postquam et hoc ipsum in hac petitione accidit, ut certum petatur ex conractu vere certo. Non offendit igitur aut hunc locum, aut superiorem interpretationem locus iste Justiniani, qui potius sententiam illam statuit. Multo vero minus ad eam infirmandam facit, quod in *L. ubi*, §. *illud*, *infr. de ver. ob.* cum fructus qui nascentur ex fundo, deducuntur in stipulationem, dicitur stipulatio esse incerta. Non enim simpliciter dicitur incerta esse, sed quatenus fructus continet, qui postea nascentur. Tolle caussam: effectum removeris. Imo, quidam ajunt ad eum locum: Quibus exemplis incertarum stipulationum Ulpianus in *d. L. ubi*, utitur, ea ponit non alio fine, quam ut ex eis omnibus intelligatur incerti actionem esse. At unde sumptum hoc sibi concedi volunt? neque enim in tota illa disputatione Ulpiani de certi condictione aut actione ex stipulatu ullum verbum. Sed erit scilicet inutile stipulationem fructuum dici incertam, nisi ex ea nascatur incerti actio. Non ita est. Nam primum prodest exemplum ad definitionem incertae stipulationis ab Ulpiano propositam explicandam: definierat enim initio incertam stipulationem esse, cum *non apparet in ea quid, quale, quantumve sit.* Id cujusmodi sit, declaratur ea stipulatione, qua fructus qui ex illo fundo nascentur, stipulamur. Deinde conducet species eo, ut si quaeratur incertus contractus, ex quo certum petatur: quod genus contractus hic commemorat idem Ulpianus, et ex quo vult non minus competere certi condictionem; sciamus esse paratum exemplum in hac fructuum stipulatione, quae est ejusmodi, ut nunquam ex ea fructus peti possint, nisi nati, ac proinde certi: et tamen ipsa ab initio, et quamdiu pendet, an fructus nascantur, sit incerta.

Quod attinet † ad *L. 4. infr. de usur.* quem locum postremum supra objiciebamus, nescio quid moverit eos, qui putant illo loco probari, in stipulatione fructuum qui nascentur, fructus postea natos actione incerti ex stipulatu peti posse. Scilicet illic ita scriptum est. *Si stipulatus sis rem dari, vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu consecuturum te ratio suadet.* Atqui hic non agitur de stipulatione fructuum, sed de stipulatione, in quam fundi ipsius datio, et vacuae possessionis traditio deducta est: inter quas stipulationes dici non potest, quantum intersit. Traditio rei est factum. Faciendi stipulatio incerta, quia in eam id venit, quod interest: id autem incertum. *L. si pœnam, infr. de ver. obl.* §. *ult.* 16

ult. Inst. eod. Fructus autem res sunt corporales: qui si nati erunt, certa corpora sunt, ut dixi non minus, quam ipse fundus, ex quo nati sunt. At fundi stipulatio certa est. *L. ubi*, §. *ult. infr. de ver. obl.* Erit igitur et fructuum, simul atque hi nati fuerint. Quapropter ut fundus promissus peteretur certi condictione, quia certus: ita et fructus promissos postea natos eadem actione peti necesse est, quia certi. At enim Pomponius ait stipulatorem *fructus postea captos ex ea stipulatione incerti actione consecuturum.* Recte *consecuturum*, non petiturum. Fructus enim in hanc stipulationem non veniunt, sed fundi datio et traditio. Quam ob caussam, quia fundi obligatio est, non fructuum: ideo non petuntur fructus, sed in id quod interest agitur, quod et stipulatione intelligitur contineri. *L. si pœnam*, *L. quoties quis*, *L. si quis stipulatus.* 112. §. *ult. infr. de ver. ob.* Ut id quod interest, est incertum: ita in id agitur actione incerti ex stipulatu. *L. ult. supr. si quis in jus voc. non jer.* Proinde et in specie superiore conveniebat hac ipsa actione agi: in quam sententiam et Papinianus respondit. Hac autem actione in proposito instituta, potestate judicii etiam fructus accedent, quia in æstimatione ejus quod interest, etiam fructuum amissorum ratio habetur. *L.* 1. §. *non solum*, *infr. unde vi.* Quæ si ita sunt, nihil verius hac sententia: Quamvis in stipulationem aut alium contractum res incerta ab initio deducta sit, si tamen exsistente stipulationis conditione res certa fiat, ut sic incipiat certum peti posse: etiam ex eo contractu certi condictionem competituram: quia certum petatur, quod solum spectandum sit ex edicto. Id autem contingere in hac specie, cum quis id quod ex animali, aut ex fundo certo nascetur, stipulatus est, et deinde quod natum est, petitur. Hanc sententiam hujus loci esse quo statuatur certius, sic mecum reputetur de verbo *incerti contractus.* Alterutrum enim necesse est, aut incertum contractum hic dici eum in quem incertum deductum est, ut est usitata verbi significatio, et quomodo accipitur in *L. ubi*, *infr. de ver. ob.* ubi ex professo de certis et incertis stipulationibus agitur: aut incertum eum qui certo nomine non appelletur, similiter ut actio praescriptis verbis vocatur incerta actio: *L. rebus*, *C. de rer. per.* quia nullum est hujus usitatum nomen. *L.* 2. *de præs. ver.* Si probatur contractum incertum posteriore modo hic áccipi non posse, relinquitur nimirum significatio sola prior, non dico quae conveniat Ulpiani sententiae, sed etiam hic accipi sit necesse.

Atqui ita res habet, ut contractum incertum nullo † modo hic intelligere debeamus, cujus nullum sit nomen. Sic enim diceremus ex hujusmodi contractibus competere certi condictionem ad rem de qua convenit petendam; quod falsum esse et res quae hic petitur, et actio praescriptis verbis, quae ex eo genere competere dicitur, aperte declarant. In primis ad certi condictionem opus est, ut certum petatur, ut hic docemur. Atqui haec natura est eorum contractuum, quorum nullum nomen est, ut ex his petatur incertum. Nam etsi de re certa danda convenerit, veluti cum do tibi aliquid, ut mihi Stichum des: tamen actio est solum in id, quod mea interest illud de quo convenit, accipere, *L. naturalis*, §. *etsi quidem infr. de præs. ver.* Id autem quod interest maxime incertum: *d. L. si pœnam*, *de ver. ob.* unde et actio praescriptis verbis quae ex eo genere competit, non solum ex nomine dicitur incerta, sed etiam ex re petita actio incerti. *L. insulam*, *L. ob eam*, *infr. de præs. ver.* Non est igitur in eam rem certi condictio. Nisi forte quis dicat actionem praescriptis verbis esse in id quod interest, certi autem condictione peti posse rem ipsam, de qua convenit. Sed repugnat hic locus, ubi non datur certi condictio, nisi ex ea caussa ex qua prius ipsius natura certum petitur. Sed et actio praescriptis verbis, quae datur ex his contractibus *L.* 2. 3. *et* 5. *infr. de præs. ver.* manifestum argumentum habet ex iisdem certi condictionem non dari. Tunc enim actioni praescriptis verbis locus est, cum deficiunt aliae vulgares et certae actiones. *L.* 1. *L.* 2. *infr. de præs. ver.* Porro certi condictio certae et usitatae actionis nomen est, ut supra ostendi. Quare non potest dici ex contractu, qui in aliud nomen non transit, competere certi condictionem: eoque nec incertum contractum hujusmodi contractum hoc loco accipere debemus. Atque ut hoc de nomine incerti contractus hoc loco vitandum est: ita non minus cavendum in exemplis contractus re et ab initio incerti, ex quo tamen postea certum petitur: nec cum Accursio et Bartolo recipiamus exemplum stipulationis faciendi, et in universum stipulationis ejus, ex qua agitur in id quod interest. Concedunt enim stipulationem omnem faciendi a principio esse incertam, ut est in *L. ubi autem*, §. *qui id quod*, *infr. de ver. ob.* Sed quoniam in his agitur in quod interest, *L. si quis ab alio*, *in pr. et* §. *ult. infr. de*

de re jud. L. 1. *infr. de act. em. L. si pœnam, infr. de ver. ob.* ideo volunt ex his certum peti. Id enim quod interest, quandiu pendet, an intersit, incertum esse, atque hinc stipulationem a principio incertam. At postquam cœpit interesse, quo primum tempore agi potest, summam ejus quod interest, natura certam fieri: quae dum petetur, recte dicatur certum peti ex contractu incerto, atque hinc eo nomine certi condictionem. Ne id dixerimus.

18 Semper enim id quod interest, † incertum, et cum nondum nostra interest, et cum cœpit interesse. Nam et cum interesse cœpit, etsi per rerum naturam certum est, quantum sit: pronuntiatione tamen et petitione est incertum, ut docui ad *L. si pœnam, de verb. obl.* Imo, inquiunt, ideo certum, quia per rerum naturam certum est: neque enim quæ in rerum natura certa sunt, eo minus sunt talia, quia apud nos incerta sint. §. *conditiones, Inst. de ver. obl.* Recte dicerent, si hic ageretur tantum de re certa, ac non de re quæ certa petitur. Competit certi condictio, cum certum petitur. Qui petit id quod interest, is pronuntiatione certum non petit. At enim cum quantitatem ita stipulamur: pecuniam quae est in illa arca, triticum quod est in illo horreo, dabis: placet stipulationem esse ut rei certae, ita et certam: tametsi quantum sit in arca, aut in horreo, a nobis ignoretur. *L. ubi*, §. *illud, de ver. ob.* Quidni item dicamus et petitionem ejus quod interest esse certam, etsi quantum id sit, nondum appareat? Non sunt hae similia. Quod enim certo loco continetur, ita est, ut locus quo continetur. Locus de quo constat, ut natura certus est, ita et certam probationem habet, quae non aliam operam desiderat, quam ut veniatur in rem praesentem, et inspiciatur, qualis sit. Eadem conditio ejus, quod eo loco continetur. Aperiatur enim arca, aut horreum. Apertura continuo quantum ibi sit, sine ulla incertitudine declarabit: nec aperturæ mora, aut inficiatio adversarii de summa quidquam minuet, aut ei adjiciet. Id quod interest, ut certo loco non continetur, sic nec videtur, aut certi alicujus loci aditione subjicitur oculis. Denique, quod non uno loco testatum est, ejus quod interest probatio tota est incerta, et plerumque difficilis: quam ob caussam etiam ad exiguam summam plerumque deducitur. *L. ult. infr. de præt. stip.* §. *ult. Inst. de verb. obl.* At saltem cum ad sententiam ventum est, certum fit id quod interest: hic enim judex certæ quantitatis sententiam dicere jubetur. §. *curare, Inst. de act. L.* 3. *in fi. C. de inut. stip.* Nihil hoc ad rem pertinet. Nos enim non quid in condemnatione sit, sed quid petatur hoc edicto, quærimus. Petitur autem incertum, cum petitur id quod interest: etsi facto probatio res eo deducitur, ut ostendatur certa aliqua quantitas, quam judex in sententia sequatur. Quid ergo si actor, ut fit, certam quantitatem petitione complectatur, qua se æstimare dicat, quod sua interest? Nam mutat expressio incertitudinem rei aut petitionis. Non enim ideo statim tanti ejus interesse dixerimus, quia tantum petit: sed cum in facto non jure versetur, quatenus cujusque intersit: *L. quatenus, infr. de reg. jur.* ideo res facti judici æstimanda permittitur. *L.* 3. *C. de inut. stip. L. unica, vers. in aliis, C. de sent. quæ pro eo quod inter.* et hinc fit sæpe, quod dixi, ut ad exiguam summam redigatur *d. L. ult. de præt. stip.* Quid opus est verbis? Diserte scriptum est in *L. ult. supr.* si quis in jus voc. non je. *in id quod interest, incerti agendum*: ubi intelligitur, incerti actione. Si de eo quod interest, incerti actio est: non potest de eadem re certi condictio competere; contraria enim sunt hæc *certi* et *incerti.* Nisi vero exponimus eo modo quo Accursius, incerti agendum, ut sit sensus, agendum de eo quod interest, quod prima facie est incertum: certi tamen condictione, quia re vera est certum: quod non tam falsum est, quam ridiculum. Aliud est enim incertum esse, aliud videri. At de incerto genere agere, est agere de eo, quod vere est incertum: non ergo de eo, quod incertum videtur: et non est. Proinde quæ de eo quod interest, actio competit, et incerti actio est, et de incerto quod petitur, eoque et de eo certi condictio esse non potest. Sed ne tergiversemur, in *L.* 3. *C. de inut. stip.* actio ex stipulatu in id quod interest, dicitur actio incerta. Cur incerta? Non utique quia nomine careat, cum de actione ex stipulatu agatur, quod proprium est et usitatum nomen actionis. Ergo incerta ex re ideo, quia rem incertam petitio continet: id autem est, *id quod interest*: ut palam sit actionem de eo quod interest, ut ipsa incerta dicitur, ita simul incerti, idest, incertæ rei petitæ esse actionem: quod cum accidit, quia certum non petitur, certi condictio locum habere non potest. Non me movet, quod in hac *L. certi*, §. 1. dicitur hæc condictio competere etiam ex Lege Aquilia; ex qua tamen certum est servo occiso et similibus rebus privatis, non tantum corporis, sed etiam ejus quod domini interest, fieri æstimationem, et in id agi posse.

so. *L. ait*, §. *ult. et LL. seqq. supr. ad leg. Aquil.* Ut enim ex ea lege agi potest in id interest: ita nihil prohibet et solius hominis occisi æstimationem, quæ certa est, tantum peti, cum nihil amplius absit actori. Quod si fit, ut certum ex ea caussa petitor, ita etiam hoc casu certi condictionem competere ex edicto dicendum est. Hæc de actione quæ de eo quod interest, competit, fortasse hoc loco alienius, cum utrum certi condictio detur eo nomine, an incerti actio, quæstio in eo sit, an id quod interest certum sit, an incertum, de quo alio loco quærendum est: dixi ad *L. si pœnam*, *et L. ubi*, §. *qui id quod*, *infr. de verb. obl.* Sed tamen cum incerti contractus ex quo certum petitur; exemplum sumatur ex faciendi obligationibus ex quibus cum interesse cœperit, petitur id quod interest, et huc exemplum accomodetur, quasi et eo nomine competat certi condictio: visum est e re esse refellere hunc errorem paulo diligentius, ne deinceps in explicatione hujus loci ullam partem sibi occupet. Dixi de caussa hujus condictionis, tum de re quæ in eam actionem veniat. Reliquum est ex tribus propositis agendi tempus.

Id autem Ulpianus statuit idem quod re-
19 liquarum actionum, scribit enim † licere hac condictione uti, si præsens sit obligatio, cæterum si in diem, vel sub conditione, ante diem vel conditionem, idest, ante quam dies venerit, aut conditio exstiterit agere me non posse. Quod jus commune est omnium actionum *L. cedere*, *infr. de ver. sig.* Sed quid opus fuit id hoc loco inculcare, cum esset juris certi? Quid opus in hac condictione, cum non magis proprium esset hujus actionis, quam cæterarum? Nempe in cæteris jus certum fuit: in certi condictione ut sunt verba superiora edicti, potuit de eo dubitari. Proponitur enim haec condictio, si certum petatur, seu ex caussa ex qua certum petitur. Fieri potest, ut ante diem aut conditionem petatur certum: et quanvis nullo jure petatur; tamen semper verum erit peti, quod petitur, licet injuria. Ita verbis edicti consequens erit etiam tunc hanc condictionem competere. Id ergo ne quis ita interpretetur, recte monet quod in aliis actionibus juris est, hoc idem servandum in certi condictione, ne ante agi possit, quam dies obligationis venerit. Non obstat, quod datur haec condictio simpliciter, si certum petatur. Hoc enim sic accipiendum est: si petatur jure; quia quod secus petitur, perinde sit, quasi nec petatur. Quo enim petitio, quae effectum non habuit? Verba cum effectu sunt accipienda. *L. 1. supr. quod quis, jur. L. pen. supr. ne quis eum, qui in jus vo. est, vi exi.* Eaque mens prætoris ex eo satis colligitur, quod non dat prætor hanc condictionem, nisi ex caussa ex qua certum petitur. Non est caussa petendi, nisi ea, ex qua quid peti potest. Nec potest quidquam peti ex obligatione, nisi ea cujus dies venerit. *d. L. cedere.* Quod ait Ulpianus ante diem aut conditionem agi non posse, ad jus, non ad factum referendum est. Verbis enim agi et peti potest: jure non potest.

Sed an ideo dicitur ante diem agi non posse, qua non possit cum effectu, idest, quia jure quidem nata sit actio, sed exceptione repellatur; an vero quia nulla sit actio ante diem ipso jure, nec in eo desideretur exceptio? Nempe ita, ut ante diem nulla actio nata sit. Quod satis aperte significat, cum ait agi non posse: alioqui ita dicendum fuit, posse quidem me jure ipso ante diem agere, cum actio jure civili consisteret, sed agenti exceptionem obstaturam. Nec minus aperte, cum in hac re diem et conditionem comparat. Constat enim antequam conditio exstiterit, ita agi non posse, ut nondum ulla obligatio nata sit, nedum actio. *d. L. cedere*, *de ver sig.* Si quis in hanc sententiam plura desiderat, legat quæ scripsi de tota re accuratius ad *L. eum qui Calendis*, §. *ult. infr. de ver. ob.* qua parte de effectu diei adjecti disserui. Exposita est Ulpiani definitio de certi condictione hoc continens, quando hæc condictio competat, seu quæ res locum faciant huic condictioni. Etsi autem ea condictio nihil commune habet cum incerti conditione, quinimo hae actiones contrariae sunt: tamen quia hic proponitur condictio de certo, interim omittitur incertum de quo caveatur, hoc ipsum et de altera specie quærendi occasionem præbet. Occurret enim animo statim hæc dubitatio: quid ergo fiet, si petetur incertum? An quia hic solum auditur condictio certi, nulla autem incerti mentio est, ideo nulla est incerti condictio: an vero ut de certo certi condictio est, quæ hic proponitur: ita et de incerto esse debet, et est condictio incerti? Quapropter haud abs re est, si et de eo pauca dicamus. Quæstio, si res spectetur, non admodum magni momenti, cum si de re incerta quæ jure peti potest, sit propria aliqua et specialis actio seu condictio, ut est: non multum referat, an et de eadem re incerti condictio aliqua generalis competat, necne. Sed tamen nihil contemnendum, quod ad juris intelligentiam facit: præsertim si sit obscurius: quale est id de quo quærimus, in

quo et nostrorum sententiæ variant. Quid, si pertinet etiam hæc quæstio ad hujus loci explicationem, aut certe ad ejus qui scribit defensionem? Non potuit a nobis hoc loco sine vitio prætermitti. Et vero pertinet. Cur enim Ulpianus nullam hic condictionis incerti mentionem fecit, cum non minus incerta petantur, quam certa? Licet videre de hac re disputationem Bartoli ad *L. sed etsi me putem*, §. *cum inter*, *infr. de cond. ind.*

Mihi verius videtur, quod Joannes putavit, nullam † esse condictionem incerti
21 propositam edicto, ut quidem hoc verbo intelligitur certa actio, quæ hoc nomine vocetur similiter ut certi condictio, ut actio ex stipulatu, ut actio ex empto aut vendito. Multa occurrunt, ex quibus id ita esse conjicere liceat. In primis omissa toto jure hujus condictionis tractatio. Nam si aliqua parte edicti condictio incerti esset proposita, itidem ut certi: non fuit caussa, cur de una potius ex professo ageretur, quam de altera. At de condictione certi hic ex professo agi videmus: nusquam de incerti condictione. Ex quo intelligitur hanc nullam propositam fuisse. Non requiro, ut de condictione incerti specialem aliquem titulum habeamus, quo videatur fuisse in edicto: quam rationem cum quidam reddidissent superioris sententiæ, merito sunt a Bartolo reprehensi: potuit enim de ea tractari, etiam si specialem titulum nullum haberet. At duabus condictionibus in medio positis, una certi, altera incerti: qui de certi condictione tractationem susceptam videt, recte alterius æque propositæ tractationem requirit, aut hac tractatione omissa, merito alteram istam condictionem non fuisse propositam colligit. Sed mitto pleniorem tractationem. Quid, quod ne nominatur quidem usquam incerti condictio ita, ut dicatur competere ex iis caussis, ex quibus incertum petatur? Nulla igitur condictio talis admittenda est. Constant enim actiones juris auctoritate, cum sint omnes civiles aut praetoriae. *L. actionum*, §. *ult. infr. de obl. et act.* §. *sed istæ*, *Inst. de act.* Ita ubi aliqua jure aperto prodita probari non potest, eam nec nos recipere debemus. Et certe mirum esset de certi condictione definitionem tradi, competere hanc actionem ex omni caussa, ex qua certum petitur: de condictione autem incerti nullam talem definitionem exstare, siquidem esset aliqua condictio ejusmodi. Accedit ad haec, quod si esset aliqua incerti condictio, conveniebat hanc proponi eodem loco, in quo certi condictio proponitur, ut species uni generi subjectae eadem parte edicti comprehenderentur: praesertim cum certum et incertum species sint ita contrariae, ut qui de una audierit, continuo ex adverso occurrat, quod quaerat, aut etiam colligat de contraria. Itaque et hic locus fuisset utramque proponendi et explicandi. At in hoc titulo, in quo tractatur de certi condictione, ne vestigium quidem ostenditur de condictione incerti. Ex quo conjecturam facere possumus, eam neque hoc edicto, neque ullo alio fuisse propositam. Postremo si est ulla incerti condictio, evenire oportet in ea, quod in certi condictione, ut quemadmodum haec competit ex omni caussa, ex qua certum petitur: sic et condictio incerti competat ex omni caussa, ex qua incertum petitur, ut in utroque genere eadem caussa eandem actionem ubique pariat. Quod si vel in una aliqua specie, in qua incertum petitur, probari potest non esse ullam actionem, quae vocetur condictio incerti: certum argumentum id esse debet, ne in caeteris quidem caussis, ex quibus idem petitur ullam talem esse proditam. At occurrunt plures species hujus generis. Primum cum do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias, si contractus in aliud nomen non transeat, ex omnibus petitur incertum: agitur enim ex omnibus, ut dixi in id quod interest, *L. naturalis*, §. *et si quidem*, *et* §. *at cum do*, *infr. de præs. ver.* Ex his tamen condictionem incerti competere inauditum est. Ac ne competere quidem potest: postquam ex his actio est praescriptis verbis, cui tunc solum locus est, cum deficiunt vulgaria et usitata actionum nomina. *L. 2. infr. de præs. ver.* Sed nec ex stipulatione incerta competit actio, quae vocetur condictio incerti. Traditum est enim ex stipulatione duas tantum proficisci actiones: condictionem certi, si certa sit stipulatio, et ex stipulatu si sit incerta. *Inst. de ver. obl. in pr.* Ex stipulatu, inquam, sola datur ex stipulatione incerta. Non ergo condictio incerti: neque enim idem est actio ex stipulatu, et incerti condictio. Ex quo efficitur nec ex aliis incertis caussis esse ullam incerti condictionem: semper intelligo eam, quae hoc nomine appelletur, et hoc sentio generalem hinc nullam esse propositam, quae competeret ex omni caussa, ex qua incertum petitur, ut proposita est certi condictio ex omni caussa, ex qua certum petitur. Quod ergo quibusdam locis legimus incerti condici, incerti condictionem competere, incerti condictione agi; ut *L. qui exceptionem*, §. *si pars*, *infr. de cond. ind.*

ind. L. si heres, *infr. de act. em. L. sed etsi mea*, §. 1. *infr. de cond. ind. L. si tibi liberum*, *infr. de act. em. L. quod si nulla*, 60. *infr. de legat.* 1. *L. hoc senatusconsultum*, §. 1. *supr. de usufr. ea. rer. L. et ideo*, *in fi. infr. de cond. fur.* in omnibus condictionis verbo condictionem specialem et propriam earum caussarum, de quibus illic agitur, accipere debemus: condictionem tamen incerti, idest, ad rem incertam, seu de re incerta: ut hic incerti verbum non faciat ad actionis nomen, sed proprie et naturaliter significet rem ipsam de qua agitur. Hoc non difficile probabitur ei, qui animadverterit in supra scriptis locis, quibus in caussis incerti ista condictio nominatur, in his competere proprias condictiones aut indebiti, aut ob caussam, aut furtivam: indebiti quidem in prioribus quinque locis quos retuli: ob caussam autem in *L. hoc senatusconsultum*, §. 1. *de us. ea. rer.* furtivam in *L. et ideo*, *de cond. fun.* Itaque illæ ipsae condictiones, aut si quæ sunt aliae suis caussis convenientes accipiendae sunt: sic tamen, ut intelligantur esse incerti, idest, de re incerta, quia sunt in id quod agentis interest. Neque novum est actionem incerti ita dici, non quæ ita vocetur, sed quæ appellata alio nomine, sit ad rem incertam. In *L. ult. supr. si quis in jus voc. non ier.* scriptum est: *cum quis judicio sisti promiseris*, *neque adjecerit pœnam si status non esset*: *cum eo incerti agendum esse in id quod interest.* His verbis, *incerti agendum*, perspicuum est non exprimi certam actionem, quæ vocetur incerti actio seu condictio: ex stipulatione enim illic proposita si incerta est, non competit nisi actio, quæ vocatur ex stipulatu. *Inst. de ver. ob. in pr.* Sed dicitur ea actio incerti, quia est incertæ rei: additur enim *agi in id quod interest*, quod est, ut sæpe jam dixi, incertum. *d. L. si pœnam*, *infra*, *de verbor. oblig.* Hoc Papinianus indicat apertius in *L.* 4. *infr. de usur.* cum ait, *si quis stipulatus sit rem dari*, *vacuamque possessionem tradi*, *eum fructus postea captos actione incerti ex stipulatu consecuturum.* Hic actionis incerti verbo proprium nomen actionis intelligi non potest, cum dicat competere actionem ex stipulatu; sed hanc vocat incerti, quia nascitur ex stipulatione incerta, et est rei incertae, nempe in id quod interest: proponitur enim stipulatio rem tradi, idest, faciendi: quo in genere in id quod interest agi jam ante diximus. *d. L. si quis ab alio*, *in pr. et* §. *ult. infr. de re jud. L.* 1. *infr. de act. em.* Sic et ab eodem Papiniano dicitur legatum incerti esse, pro eo quod est, rei et summae incertae in *L. tribus*, *infr. de us. ear. rer.* unde et de cautione eo nomine interposita ibidem *incerti esse agendum* scribit eodem sensu. Nec alio sensu idem stipulationem dicit incerti esse, quae factum continet in *L. liber*, §. *ult. infr. de verb. obl.*

Quaeretur fortassis, cur praetor de certo † proposuerit certi condictionem genera- 22
liter ex omnibus caussis; de incerto autem generaliter non proposuerit incerti condictionem. Probabilis conjectura haec est (nam extra conjecturam longius hic progredi non possumus) quod certae caussae nonnullae desiderabant actionem certam, seu certi nominis: de his visum est, quod necesse fuit, certi condictionem proponere. Per hanc autem occasionem factum est, ut proponeretur generaliter de omnibus ex quibus certum petitur, ut supra docui. In caussis incertis ut proponeretur incerti condictio ex omnibus, ejusmodi occasio ex uno aliquo contractu sumpta defuit. Ex contractibus, quorum nullum nomen est, incertum petitur: sed noluit praetor ex his certi nominis actionem proponere, ne actio a contractu discreparet. Ex stipulatione, quae proprio nomine appellatur, proposuit et certi nominis actionem, etsi stipulatio incerta sit, et ex ea petatur incertum; sed actionem ex ipso contractu appellatam ex stipulatu. Ita cum speciales caussae nullae exsisterent, quæ desiderarent condictionem incerti: propriis actionibus contentus fuit praetor, nec occasio incerti condictionem peperit. Ex hac disputatione si nihil aliud, certe hoc assequimur, ne miremur, cur nusquam agatur de condictione incerti generali, ut de condictione certi hic agi videmus. Constatque hinc Ulpiano ratio, cur certi condictionem proponens, aut propositam explicans de incerti condictione nullum verbum fecerit: haec enim ita fieri necesse fuit, si nulla proposita est incerti condictio, ut nullam esse ostendimus. Assequimur et illud, ut vere dici intelligamus ex stipulatione incerta unam esse actionem quae dicitur ex stipulatu. *Inst. de ver. obl. in pr.* nec metuamus, ne hoc falsum videatur, quasi ex incertis caussis incerti quoque condictio competat: quoniam haec condictio nulla est. Eadem res facit, ut cum ex contractibus incertis dicimus esse praescriptis verbis actionem, simul vere dici intelligamus hanc actionem non competere, nisi ubi aliae actiones certae et vulgares deficiunt: quia vere et hic condictio incerti deficit, quae jure non est prodita.

Ad §. Competit hæc actio.

Competit hæc actio etiam ex legati caussa, et ex lege Aquilia. Sed et ex caussa furtiva per hanc actionem condicitur. Sed et si ex Senatusconsulto agetur, competit hæc actio: veluti si is, cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet. Sive autem suo nomine quis obligatus sit, sive alieno, per hanc actionem recte convenitur.

SUMMARIA.

1. *Rem legatam etiam quæ facta sit legatarii, condici posse.*
2. *Condicere rem suam neminem posse, quomodo accipiendum.*
3. *Certi condictio etiam ex lege Aquilia.*
4. *Condictio certi quibus, et adversus quos competat*

1 Competit, inquit, haec actio etiam † ex legati caussa. Etiamne, si species legata sit, quae fuerit testatoris? movet, quod rei legatae dominium, quod hereditatis fuit, recta via in legatarium transit, ut in heredem res singulae. *L. legatum.* 80. *infr. de legat.* 2. *L. a Titio*, *infr. de fur.* Sic autem est regula juris, neminem rem suam condicere posse, idest, actione in personam petere, praeterquam a fure. *L. ult. in fin. supr. usur. quem ca.* §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Et si potest res legata, quae legatarii facta sit, non tantum vindicari, sed etiam actione in personam ex testamento peti, erit haud dubie et ejus rei nomine certi condictio adversus heredem ex supra scripta definitione: sic enim dabitur haec actio ex ea caussa, et obligatione, ex qua certum petitur. Verius est autem de hac ipsa re legatario etiam actionem in personam dari. Verba constitutionis Justiniani *L.* 1. *ver. rectius*, *C. com. de legat.* id efficiunt: Cavet enim diserte se omnibus tam legatariis quam fideicommissariis non solum actionem personalem praestare, sed et in rem. Quibus verbis aperte vult in eandem personam concurrere has actiones. Sed et hoc significatur apertius jure vetere; cum ita fit facultas legatariis pluribus actionibus legatorum utendi, ut possint ex una, quam elegerint, legatum petere. *L. cum filius*, §. *variis*, *infr. de legat.* 2. Non est electio, nisi ei, qui eodem tempore utramque constitutam habeat, ut utra
2 velit, possit experiri. † Non obstat, quod dicitur neminem rem suam, nisi furi condicere posse. Hoc enim sic accipiendum est, si quis condicat ut suam, ubi is qui agit se dominum esse dicit: et nihilominus rem sibi dari oportere intendit, se ipsum excludens videlicet: quia quod alicujus est, id amplius ejus fieri non potest *d.* §. *sic. itaque*, *Inst. de act.* Cæterum si legatarius, ut de re quavis simpliciter legata etsi aliena sit, agat, de qua præstanda heres obligatus est, recte agit. Obligari enim heredem constat, ut rem legatam præstet. §. *heres*, *Inst. de obl. quæ ex qua. cont.* Si alienæ rei nomine: multo magis ejus, de qua testator pro suo jure statuere potuit. Quod si legatarium ideo removebit heres, quod dicat rem testatoris esse, quæ legata est: neque statim ei fides habebitur, et si haberi sibi postulet, tanto magis ipse se refellet: tantoque magis se teneri ostendet, ut rem restituat, quo invito legatario, eodemque domino se contrectare fateatur. Quinimo hoc ipso etiam actionem in personam, et condictionem certi magis confirmabit, quia sua ipsius confessione fur sit, atque ob id etiam teneatur condictione furtiva. *d.* §. *sic itaque*, *Inst. de act.* §. *ult. Inst. de obl. quæ ex del.* Ex caussa autem furtiva itidem, ut ex aliis actionibus in personam, certum condici potest, ut hic paulo post scriptum est.

Et ex lege Aquilia) † Servo occiso, 3
damni nomine ex lege Aquilia varie agi potest. Nam si quid ultra corporis æstimationem domini interest eum servum occisum non esse, agitur in id quod interest, et una cum corpore occisi etiam id æstimatur: sin præter corporis æstimationem domino nihil abest, hæc sola petitur. *L. ait*, §. *ult. et L. seq. sup. ad leg. Aq.* Æstimatio certi corporis et ipsa certa est. Proinde si hæc petetur, etiam hoc nomine certi condictio competet ex caussa legis Aquiliæ. Quod si agetur ex hac lege in id quod interest, jam ante dixi non posse locum esse huic condictioni: quia id quod interest, sit incertum; non detur autem hæc condictio nisi tunc, cum certum petitur.

Sed etsi ex senatusconsulto). Dixerat,
4 qua ex caussa certi condictio competat. † Nunc ex eadem definitione ostendit, quibus, et adversus quos. Ac quibus competat, declarat exemplo ejus, cui ex fideicommisso restituta est hereditas. Cum enim ait etiam huic agere volenti competere hanc actionem, non aliud dicere intelligitur, quam, ut ex omni caussa et obligatione ex qua certum petitur, haec condictio competit: ita competere eam omnibus, ad quos ex illis caussis actio pertinet, seu qui ex illis caussis possunt certum petere: non tantum si sint ipsi creditores, cum quibus res contracta est, sed etiam si sint creditorum heredes: nec tantum si heredes, sed etiam si ii, qui habeantur heredum loco, et ad quos utiles tantum actiones transeant: qualis est is cui fiduciaria, idest, fideicommissaria hereditas restituta est ex senatusconsulto Trebelliano. *L. 1. infr. ad Treb.* §. *restituta*, *Inst. de fid. her.* Adversus quos autem detur actio, indicat, cum subjicit per hanc actionem recte conveniri, sive suo nomine quis obligatus sit, sive alieno. Significat enim eam adversus omnes dari, qui ex ea caussa et ea obligatione tenentur, ex qua certum petitur, cum detur etiam adversus eos, qui alieno nomine sunt obligati. Ubi alieno nomine obligatos generaliter accipere debemus eos, qui ex alterius persona et contractu, seu ex obligatione cum alio contracta conveniuntur, non fidejussores solum, sed heredes, omnisque generis successores, partes item et dominos ex contractibus filiorumfa. et servorum.

Ad §. Quoniam igitur.

Quoniam igitur ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit: sive re fuerit contractus factus, sive verbis, sive conjunctim: referendæ sunt nobis quædam species, quæ dignum habent tractatum, an hæc actio ad petitionem eorum sufficiat.

Posita hac definitione, competere certi condictionem sine exceptione ex omni caussa, et omni obligatione, ex qua certum petitur: pertinebat ad explicationem et confirmationem ejus definitionis curare, ut si qua species videretur adversari, in qua dubitaretur videlicet, an hæc condictio competeret, illic dubitatio removeretur, ostenderetur que etiam in ea specie hanc condictionem competere, et superiorem definitionem esse veram. Hujusmodi dubitatio quia quibusdam in caussis circa mutuum accidit, ideo fecit Ulpianus ordine et certa ratione, ut de his hoc loco subjiceret, et in his illud ostenderet, quod dixi. Quoniam, inquit *ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit*, *ideo referendæ sunt nobis quædam species, quæ dignum habent tractatum, an hæc actio ad earum petitionem sufficiat.* Quæ dignum tractatum habent, idest, quæ dignæ sunt, in quibus tractetur, an hæc condictio, atque adeo an ulla actio competat. Dignæ autem ideo, quia in his merito dubites, an quamvis pecunia mutuo data sit, tamen ulla sit condictio propter justas caussas, quæ in singulis occurrunt. Sunt hujus generis species in summa tres, quæ ab hoc loco usque ad finem capitis ab Ulpiano referuntur. Prima est de pecunia mutuo data, quam creditor eodem tempore reddi stipulatus est, sed inutiliter, quocunque tandem modo inutiliter sit stipulatus: de qua in §. *numeravi*, *et seqq.* 3. usque ad §. *si nummos*: omnes enim ad unam hanc speciem pertinent. Secunda de ea pecunia, quam quis mutuo dedit alterius nomine: de qua in §. *si nummos*. Tertia de pecunia, quam dominus deposuit apud aliquem; qua deinde uti depositario permisit: de qua in §. *ult. et L. seq.*

Ad §.



Ad §. Numeravi.

Numeravi tibi decem, et hæc alii stipulatus sum: nulla est stipulatio. An condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus intervenientibus: uno qui re factus est, idest numeratione: alio, qui verbis, idest inutiliter, quoniam alii stipulari non potui? et puto posse.

Ad §. Idem erit.

Idem erit si a pupillo fuero sine tutoris auctoritate stipulatus, cui tutore auctore credidi. Nam et tunc manebit mihi condictio ex numeratione.

Ad §. Idem quæri potest.

Idem quæri potest, et si quod tibi numeravi, sub impossibili conditione stipuler: cum enim nulla sit stipulatio manebit condictio.

Ad §. Sed et si ei.

Sed et si ei numeravero, cui postea bonis inderdictum est, mox ab eo stipuler: puto pupillo eum comparandum, quoniam et stipulando sibi acquirit.

S U M M A R I A.

1. *Mutuo data pecunia si in stipulatum deducta sit, si quidem stipulatio utilis est, ex stipulatione actio est: si inutilis, saltem ex numeratione condictio, et cur.*
2. *Novatio quando contingeret olim pupillo posterius stipulante.*

PRima, ut dixi, species mutui, in qua Ulpianus hoc loco tractat, an ulla condictio competat, hæc est, cum qui pecuniam numeravit crediti caussa, simul eam reddi stipulatus est, sed ita, ut stipulatio esset inutilis. Quam speciem complexus est quatuor §§. seqq. tot enim periodis hanc rem distinxit: quia totidem modis potest accidere, ut quam pecuniam quis mutuo dedit, stipuletur eam inutiliter. Sed ut possit intelligi, in hac varietate stipulationis inutilis species quidem numero plures proponi; cæterum ratione ad unum genus referri omnes, ut quæ eadem ratione et notione inter se
1 conjungantur: † Ulpianus uni definitioni juris omnes subjecit, statuens in his ex stipulatione quidem agi non posse, sed ex numeratione pariter in omnibus certi condictionem futuram. Et ex stipulatione quae jure improbetur, actionem non esse constat: cum stipulatio perinde sit jure, quasi interposita non esset. *L. non dubium, C. de leg.* Sed quae potest caussa afferri, cur probabiliter dubitetur, an hic actio non competat ex numeratione: cum videamus pecuniam esse numeratam, et quidem ita, ut esset credita, non donata? Justa caussa haec est, quae eadem movit Ulpianum, ut initio diceret in hac specie quaestionem dignum habere tractatum: quod non omnis numeratio obligationem parit; sed tunc solum, cum hoc ipsum agitur, ut obligatio nascatur. *L. non omnis, infr. eod.* At cum is qui pecuniam dat, ita dat, ut eam stipuletur reddi, hoc factum arguit non id agi, ut obligatio nascatur ex numeratione, sed ex stipulatione: quo fit, ut hic actio ex numeratione nasci non possit. Et vero recepta est haec sententia in eo, qui pecuniam mutuam dans eandem sibi reddi utiliter stipulatus est: placuit enim in hac specie non duas obligationes nasci, sed unam, et eam quidem verborum, non ex mutuo, aut numeratione. *L. si ita stipulatus, §. Chrysogonus, infr. de ver. ob. L. 6. §. ult. et L. 7. infr. de nova.* et quidem in *d. L. 7.* adjicitur nominatim ratio: quia id agatur, ut sola stipula-

pulatio teneat. Non minus igitur et hoc idem probandum videtur, cum stipulatio adjecta fuit inutilis: quia et tum idem agi intelligitur. Nec ad rem pertinet, quod qui pecuniam ad se datam stipulabatur, putabat se utiliter stipulari. Nam hoc ipso voluit non agi ex numeratione, sed ex stipulatione, quia stipulationem valere existimabat, arg. in *L. quod meo*, §. *si furioso*, *infr. de acq. poss.* Ulpianus adversus hanc dubitationem statuit hoc loco, quod supra dixi, remota in proposito stipulatione pecuniam datam per hanc actionem condici posse hac ratione: *quasi hic duo contractus intervenerint*: *uno qui re factus est*, *id est*, *numeratione*; *alio qui verbis*, *idest*, *inutiliter*. Quibus verbis occurrere videtur superiori objectioni. Perinde est enim quasi diceret duos hic esse contractus, non ita quidem, ut ex utroque agi possit; sed tamen ita, ut saltem possit ex uno, et inde pecunia peti. Et si quidem stipulatio valeat, ex hac sola agi posse, quia id actum est: quod si stipulatio sit inutilis, hoc relinqui, ut saltem agi possit ex numeratione. Unde intelligimus, quod dicitur, cum stipulatio numerationi adjuncta est, hoc agi, ut stipulatio sola teneat: id Ulpianum tunc solum probare; cum stipulatio utilis est; non etiam cum est inutilis. At enim et qui putat esse utilem, eodem hoc animo est, ut ex stipulatione agatur, non ex numeratione, ut supra diximus. Et est omnino hoc animo, quia errat; verumtamen non absolute, sed sub conditione, si stipulatio sit, ut putat, utilis: alioqui hoc animo est, ut saltem pecuniam repetat ex numeratione: quod vel maxime stipulatio ab eo subjecta arguit. Declarat enim non sic eum pecuniam dare, ut donet: sed ut repetat: huic enim rei stipulatio interponitur. Non potest autem eam consequi, nisi ex stipulatione, aut numeratione: neque potest consequi ex stipulatione, ubi stipulatio est inutilis. Ita restat, ut velit saltem ex numeratione: quamobrem et numerationi sua vis manebit. Idemque in hujus persona accidit, quod in eo, qui indebitum per errorem solvit. Ut enim is in hoc errore id agit, ut nunquam repetat, quod solvit, quia putat se debere, et solvendi animo dat: ita si non debeat, contraria de caussa apud se hoc animo est, ut repetat: quam ob caussam et tanquam in re ex contractu gesta ei condictio indebiti datur. §. 1. *Inst. quib. mo. re con. ob. L. si in area*, *infr. de cond. ind.* Bene igitur statuit Ulpianus ex numeratione hic certi condictionem fore; idque ita esse, quocunque tandem modo adjecta stipulatio sit inutilis, sive quod creditor qui pecuniam numerabat, stipulatus sit eam alii reddi; sive quod a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus sit, qui prius eam pupillo tutore auctore crediderat: sive quod stipulatus sit, sub impossibili conditione: sive quod stipulatus sit ab eo, cui bonis interdictum est, cui paulo ante interdictionem numeraverat. Sunt enim hæ species stipulationis, quas subjicit: in quibus omnibus stipulatio est inutilis. Nam alteri stipulari non possumus. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *infr. de ver. ob. L. quæcunque gerimus*, *infr. de obl. et act.* Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur. *L. obligari*, *infr. de auct. tut.* Prodigus nullo modo. *L. is cui bonis*, *infr. de ver. ob.* Et sub impossibili conditione nulla obligatio contrahitur. *L. non solum*, *infra*, *de ob. et act.* §. *si impossibilis*, *Instit. de inut. stip.* Quod ait Ulpianus in §. *numeravi*, in specie proposita quasi duos contractus intervenire; recte adjecit *quasi*. Videntur enim duo esse, si facta consideres seorsum a consensu: re autem vera, et ut est animus contrahentium, unus est tantum contractus: stipulationis quidem, si creditor pecuniam, quam dabat, utiliter sit stipulatus: *d. L.* 6. §. *ult. et L. seq. infr. de novat.* numerationis autem et mutui, si stipulatio fuerit inutilis, ut hic traditur: idque, ut dixi, consensus contrahentium exigit. Quod dicit in §. *idem erit*, pupillum ex numeratione mihi teneri, cui ego pecuniam tutore auctore credidi, etsi ab eo eandem pecuniam postea stipuler, si modo stipuler sine tutoris auctoritate: significat posteriore hac stipulatione prioris obligationis novationem non fieri. Nam si fieret, nullo modo teneretur pupillus: cum et prior obligatio sublata esset novatione, et posterior nulla esset, atque ita res creditori amitteretur. §. *præterea*, *Inst. quib.*
mod. tol. obl. † Videndum igitur, num sit 2
hoc ei contrarium, quod idem Ulpianus scribit in *L.* 1. *in fin. infr. de noval.* omnem obligationem verbis novari posse, si vel naturaliter sequens obligatio teneat: et addit exemplum, *ut puta*, inquit, *si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.* De jure vetere loquimur, quo hæc ab Ulpiano scripta sunt, quæ sunt in *d. L.* 1. Nam ex constitutione Justiniani nulla nunc neque a pupillo, neque ab alio novatio sit, nisi id ipsum posteriore stipulatione expressum sit, ut novatio fieret. *L. ult. C. de novat.* Sed nihil hic ne jure quidem vetere contrarium. Animadvertendum est enim non dicere Ulpianum, obligationem omnem no-

novari, si quod prius debebatur, pupillus sine tutoris auctoris auctoritate promiserit; sed obligationem novari posse. Verum est hoc casu obligationem novari posse, si aliquando potest, etiam si non semper. Hoc vero ita erat in jure vetere, ut aliquando fieret novatio, si pupillus id quod debebatur, quamvis sine tutoris auctoritate promisisset; sed non semper eveniebat. Nam ne tunc quidem id contingebat, cum aut ipse tutore auctore promisisset, aut etiam major annis, qui per se posset obligari. Si quod alius debebat, id creditor stipulabatur a pupillo: interventu novæ personæ fiebant novatio itidem, ut si ab alio quovis stipulatus esset. Sed etsi stipularetur a pupillo, quod ipse pupillus debebat, fiebat novatio, si quid amplius esset in posteriore stipulatione. Sic enim ex interventu novæ vel personæ, vel rei veteres novandi animum colligebant. §. *præterea*, *Inst. qui mod. tol. obl.* Propter hos casus vere dictum est pupillo postea promittente novationem fieri posse, etsi sine tutoris auctoritate promiserit: quia si quid eorum contigisset, novatio fiebat. Quod si quod pupillus debebat, id ipsum creditor stipularetur ab eodem, nullo modo ne olim quidem novatio fieret, quantumvis pupillus promisisset idem tutore auctore. Nam nec alio quovis debitore idem, quod debebat, promittente novatio contingeret: quia nihil novi intervenisset in posteriore stipulatione, unde animus novandi posset colligi. *d. L. præterea.* De ea autem specie hic agitur: ut non sit, cur in ea ob posteriorem stipulationem cum pupillo interpositam, vel ex vetere jure, vel ex novo metuere debeamus prioris obligationis novationem.

Ad §. Si nummos.

Si nummos meos tuo nomine dedero: velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit, acquiri tibi condictionem. Julianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit, veram esse Aristonis sententiam: nec dubitari, quin si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero: tibi acquiratur obligatio: cum quotidie credituri mutuam pecuniam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.

S U M M A R I A.

1. *Mutua pecunia mea tanquam Titii esset, Titii nomine tibi data, Titio condictionem acquiri.*
2. *Mutua pecunia mea Titii nomine tibi data, dominium pecuniæ Titio quæsitum, et ab eo pecuniam profectam videri.*
3. *Hoc tunc, cum monitus mutuum ratum habuit: ignoranti nec dominium pecuniæ ab alio mutuo datæ, nec condictio acquiri potest, quanvis ejus nomine pecunia mutuo data sit.*
4. *Consuetudinem erroris, quanvis communem pro jure non habendam.*
5. *Mutuum alieno nomine ignorantis si dedi, repudiante eo nomen, mihi condictionem ob caussam competere.*
6. *Mutuam pecuniam meam ut meam si dedi ea lege ut Titio redderetur, Titio condictionem non acquiri.*

Altera species proponitur, in qua item ut in superiore pecuniam mutuo datam esse constat; sed et in ea justa dubitatio est, an ex numeratione ulla actio nascatur.
1 † Dedi alicui nummos meos mutuo, sed dedi tanquam tuos, sive quod dicerem tuos esse, sive quod ita darem, ut dicerem me velle esse tuos: et praeterea dedi tuo nomine, idest, ita, ut tibi redderentur, et qui accipiebat, soli tibi obligaretur ex ea caussa, quasi a te mutuum accepisset. Accessit hoc etiam ad dubitationem, quod dedi absente te et ignorante. Quæritur, an ex ea numeratione ulla sit actio. Nullam esse quis dixerit, quia nec mihi esse possit, nec tibi. Non utique mihi: quia id actum est, ut tibi acquireretur obligatio non mihi: nec præterquam quod actum et consensum est, ulla numeratio accipientem obligat. *L. non omnis*, *omnis infr. eod.* Tibi, ut videtur, multo minus. Regulæ juris reclamant, quæ vetant quemquam ita contrahere; ut alter suo nomine agat: et generaliter per liberam personam quæ juri nostro subjecta non sit, quidquam acquiri vetant, præter possessionem, et per possessionem dominium. *L. quæcunque gerimus*, *infr. de obl. et act.*

act. L. si ita stipulatus, §. *Chrysogonus*, *infr. de ver. obl. L. 1. C. de acq. poss.* Ut dicendum sit in hac specie, quod in simili breviter et argute comprehensum est in *L. multum*, *C. si quis alt. vel sibi.* actionem nec mihi quæsitam esse nec tibi: dum mihi nolo, et tibi non possum: vel quod aliis verbis in eandem sententiam non minus eleganter dictum est in *L. si genero*, *C. de jur. do.* nec mihi cessante voluntate, nec tibi prohibente jure quæri potuisse actionem. Et omnino mihi ex hoc mutuo condictio non acquiretur, quia sit præter conventionem: arg. *d. L. non omnis*, *infr. eod. L. 1. §. 1. supr. de pact.* Verum alterum admittit Ulpianus de sententia veterum, condictionem tibi acquiri. Sed opponuntur, ut dixi, regulæ juris, quæ ex alieno contractu alteri actionem acquiri non sinunt: de quo neque Ulpianus, neque veteres quidquam respondent. Dicendum est, si pecunia a me tuo nomine data, ita res acciperetur, quasi ego mutuum cum accipiente contraxissem, non potuisse me cum alio contrahendo tibi obligationem vel actionem acquirere ex hoc contractu. Generaliter enim et sine exceptione ita definitum est in *L. quæcunque gerimus*, *infr. de obl. et act.* contrahere nos ut alter suo
2 nomine recte agat, non posse. † Sed quod tuo nomine mutuum dedi, perinde habendum est, quasi tu accipienti dedisses, non ego: denique quasi mutuum a te esset profectum, non a me. Quo fit, ut si hinc tibi acquiritur actio, hic eveniat maxime secundum regulas juris, ut tibi acquiratur ex contractu et facto tuo, non autem ex alieno. Quominus tamen id dicamus, duo obstant, dominium rei datæ, et personarum consensus. Nam cum in mutuo dantem dominum esse oporteat; *L. 2. §. ult. sup. eod.* et præterea ut in contractu rem ita geri, ut qui dat, cum accipiente consentiat, quia nullus est contractus inter aliquos sine eorum conventione et consensu: *L. 1. §. 1. supr. de pact.* horum utrumque videtur in proposito tibi, cujus nomine nummos dedi, pariter defuisse. Nam neque antea dominus pecuniæ fuisti: et res proponitur gesta absente te et ignorante: proinde nec consentiente. Sed ne ob has caussas hic removeatur mutuum, et tibi tanquam re a te non contracta negetur condictio: animadverti debebit utrumque in hac specie intervenire, ut et tu voluntate mea dominus pecuniae effectus sis, nec prius condictio tibi acquiratur, quam tu in re tuo nomine gesta consenseris. Quibus de caussis, veteribus et Ulpiano recte placuit hic tibi acquiri condictionem. Dominus eorum nummorum mea voluntate factus es: quia cum ego constitui tuo nomine possidere nummos, statim eorum possessio tibi volenti possidere, acquiritur. *L. quod meo*, *in pr. infr. de acq. poss.* ac per possessionem etiam dominium, ubi id agitur, ut nummi tui fiant. *L. traditio*, §. *ult. infra*, *de acq. rer. do.* Id ad hanc speciem non pertinet, dixerit aliquis: quoniam neque hoc modo, neque alio ullo nobis possessio acquiritur, nisi possidere volentibus, et ut supra recte complexi sumus. *L. ea quæ*, *infr. de acq. rer. do.* Non videtur autem in proposito volenti tibi possessio acquiri posse, ubi abfueris, et ignoraris, quid tuo nomine gereretur.
† Recte hoc dicitur, quandiu abes et ignoras, quid actum sit. Sed quod hic dicitur 3
acquiri tibi condictionem: sic intelligendum est: tibi volenti acquiri, cum scilicet admonitus me nummos meos dedisse tuo nomine quasi tuos, ratum habes, quod gestum est. Haec ratihabitio secuta non ex illo solum valet, ex quo ratum habes; sed retro trahitur, ut jam a principio videantur omnia tua voluntate esse gesta, quasi te praesente et mandante gesta essent. *L. ult. C. ad. Maced. L. licet*, *supr. de jud.* Nam quod de tua ratihabitione nihil nominatim hic adjicitur, ideo factum est, quia non fuit necesse: cum satis intelligeretur ex quaestione, quae ita proponitur, quasi tu ex ea caussa velles agere, et solum hoc quaeratur, an tibi competat actio. De quo ut nihil hinc liqueret; tamen necesse est ita intelligi, cum plus quam certum sit invito neque possessionem, neque dominium, neque actionem, nihil denique acquiri posse. *L. invito*, *infr. de reg. jur.* Ex his potest intelligi, quid de consensu respondeamus. Nempe quandiu abes et ignoras, non consentis: proinde et mutuum pendet, neque interim acquiritur tibi condictio; sed admonito et agere volenti continuo acquiritur: quia ideo agere vis, quod negotium tuo nomine gestum ratum habes, quo fit, ut jam videatur mutuum tuo consensu ab initio esse contractum. Ut autem perspicere liceat Ulpianus sentire condictionem tibi in proposito acquiri ob eam solum caussam, quod ratum habeas, ut dixi: ipse ad confirmationem prioris sententiæ suae utitur hoc argumento. Nam si dederim alicui pecuniam mutuo tuo nomine, idque voluntate et mandatu tuo: non dubitatur, quin tibi acquiratur obligatio. Ex quo intelligi vult idem et tunc probandum esse, cum dedi tuo nomine, licet absente te et ignorante. Non recte dicet aliquis, ista tam dissi-

dissimilia Ulpianus comparat, cum illic te volente res geratur; hic nullo modo te consentiente. Hoc ita esset, si tu in specie proposita nunquam probares, quod tuo nomine gestum est. Nunc cum ita velimus tibi condictionem acquiri, si gestum ratum habeas: nihil potuit fieri melius, quam quod istas species inter se comparavit. Certi enim juris est ratihabitionem mandato comparari *d. L. ult. C. ad Mac. L. 1. §. quoties, infr. unde vi.* Cur ergo, cum tuo nomine dedi pecuniam mandatu tuo, condictio tibi acquiritur? non alia de caussa omnino, quam quia quod tuo mandatu feci, perinde habetur, quasi abs te factum esset. argum. *L. 5. §. gessisse, infr. de ad. tut. L. 1. §. dejecisse, et seq. infr. unde vi.* Sit ergo idem juris et tunc, cum pecuniam dedi te ignorante tuo nomine, et re cognita quod gestum est, ratum habuisti. Addit Ulpianus, tanto magis hanc sententiam de condictione in proposito tibi acquirenda retinendam, quod *quotidie credituri mutuam pecuniam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro*: In quo omnes admittunt mutuum contrahi, et nobis acquiri condictionem.
4 † Quibus verbis non significat, quamvis id contra jus fiat, tamen admittendum esse tantum ideo, quia fieri solutum sit. Nihil enim contra jus, quod non injustum; nec quidquam injustum admittendum, quocumque errore, et quacunque licentia homines contra faciant. *L. non dubium, C. de leg.* Sed hoc significat, superiorem sententiam ideo admittendam, quia utilis sit, ex regulis juris. Hujus autem rei argumentum esse, quod vulgo recepta sit, et secundum hanc mutuum confici, et valere: ut intelligamus in eo argumentum esse non ab errore vulgi, sed a consensu et auctoritate juris prudentium, quibus assentientibus hujusmodi mutuum vulgo receptum sit, et sit in usu. Quo argumento multa pro jure certo proponi in libris nostris scimus, ut indicant *L. 2. infr. de usur. L. quod vulgo, infra, pro em. L. 1. §. quod vulgo, infr. unde vi.* Quid, si tu cum rescisti nummos meos a me tuo nomine datos, id ratum non habeas, et nomen repudies? Jam dixi condictionem tibi non acquiri: absurdum enim esse acquiri invito, *L. invito, infr. de reg. jur.* † Quid mihi, an non 5
hoc casu saltem condictio dabitur? Tanquam ex mutui caussa condictio mihi competere non potest. Non enim dedi nummos, ut mihi eo nomine obligatio acquireretur: neque porro in re quæ ex consensu pendet, aliter acquiri potest. *d. L. non omnis, infr. eod. L. multum, C. si quis alt. vel sibi.* Sed condictio dabitur ob caussam dati caussa non secuta. Dedi enim, ut mutui obligatio alteri acquireretur: quæ caussa cum hic secuta non sit locum faciet huic condictioni. *L. si extraneus, infr. de cond. cau. dat.* † Quid, si ego nummos meos tanquam 6
meos et meo nomine dederim; sed ea lege, ut tibi redderentur? Hic tibi secundum regulas juris condictio acquiri non potest. *L. quæcunque gerimus, infr. de ob et act.* nam nec si mutuum dedissem meo nomine aut simpliciter, et tibi reddi nominatim stipulatus essem, tibi acquireretur actio; sed stipulatio esset inutilis, ut supra scriptum est *ead. L. §. numeravi.* Sed hæc stricto jure ita sunt: cæterum quæ actio in hac specie mihi qui pecuniam dedi adversus accipientem competeret, ea utilis tibi dabitur, tanquam in te translata mea voluntate: ut fit in *L. pen. C. ad exh. L. quoties, C. de don. quæ sub. mo.* de quo scripsi ad *L. stipulatio ista, §. alteri, infr. de verb. obl.*



Ad §. Deposui apud te.

Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti. Nerva et Proculus, etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua, tibi hæc posse ajunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim cæpit possidere. Ergo transit ad eum periculum, qui mutuum rogavit, et poterit condici.

S U M M A R I A.

1. *Deposita pecunia fit depositarii et mutua, simulatque dominus roganti depositario permisit uti ex mutui caussa.*
2. *Animo possidere cæpisse depositarius cur hic dicatur.*
3. *Mutuo contracto pecunia periculo est debitoris.*

TErtia species est ex tribus propositis, in qua nummis mutui caussa datis, quæritur, an sit mutuum: unde et de condictione dubitatur. Deposui apud te pecuniam: deinde me rogasti, ut ea esset tibi mutua: quod factum esse etsi in principio non proponitur; tamen satis declaratur in extremo his verbis: *ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit.* Ego roganti tibi permisi uti: nam his verbis initio factum proponitur. Est autem his sensus, consensi, ut pecunia tibi esset mutua uti rogaveras: ut scilicet responsum conveniat interrogationi tuæ permissus petitioni. Quæsitum est, an hac conventione atque hoc permissu pecunia etiam prius, quam moveatur, efficiatur mutua, ut sic possim tibi condicere tanquam mutuam. Justa caussa est, cur non videatur hic mutua fieri. Prius est enim, ut tuam faciam, quam ut dicatur esse mutua. *L.* 2. §. *appellata, supr.* Quominus autem eam tuam fecerim hoc consensu, duo impedire videntur. Primum quod pecuniam tibi non tradidi: ac sine traditione dominia rerum, præterquam in quibusdam caussis, in quibus non est translatio, quæ sit inter vivos, necessaria, non transferuntur. *L. traditionibus, C. de pac.* Deinde quod etsi obtulissem tibi pecuniam, tamen ipse hac oblatione possessionem ejus nactus non es: proponitur enim pecunia a te loco mota non esse: ex possessione autem jure gentium dominium nascitur: ut proinde nisi re a te possessa dominus rei non fiat. *L.*
1 1. *in pr. infr. de acq. poss.* † Ulpianus sententiam veterum hic quoque secutus, statuit in specie proposita pecuniam etiam ante, quam moveatur, mutuam effici, et tanquam mutuam tibi a me condici posse. Et quoniam intelligebat de dominio pecuniæ id obstare, quod supra dixi: ratione subjecta ostendit non esse metuendum, ne hic non videatur dominium pecuniæ in te translatum quasi re tibi non tradita, aut a te non possessa: *animo enim*, inquit, *cæpisti possidere.* Qua ratione utramque illam objectionem superiorem paucis removet. Quisquis enim voluntate domini possessionem rei nanciscitur, is statim dominus rei efficitur jure gentium: quo jure, ut dixi, ex possessione nascitur dominium. *d. L.* 1. *in pr. infr. de acq. poss.* Nam quod dicitur dominium sine traditione sola voluntate domini non acquiri, ad hanc speciem non pertinet: tunc enim id locum habet, cum apud eum, quem dominum fieri volumus, res non fuit. Quod si jam tum fuit apud eum, puta vel commodata ei, vel apud eum deposita, sola voluntas domini sufficiet ad rem transferendum. *L. qua ratione*, §. *interdum, infr. de acq. rer. do.* Quod hic contigit, ubi de pecunia agitur apud eum deposita, cui mutuam fieri volui: et quorsum traditio hujus pecuniæ, nisi ut tradita esset apud te? id vero depositione pecuniæ jam ante satis es consecutus. † Quod si ad dominium hic transfe- 2
rendum saltem hoc quæritur, ut pecuniam possidere cœperis: id quoque in hac specie contigit. Simul enim atque permisi tibi roganti nummis uti, quamvis eos non attigeris, cœpisti animo possidere, dum hoc animo es, ut eam pecuniam non jam ex caussa depositi, ut ante, sed animo domini ut in te ex caussa mutui translatum teneas. Est enim possidere, affectu dominantis tenere, ut recte Theophilus definit in §. *idem placet*, *Inst. per quas per. no. acq.* idque ex sententia ejus loci, Nec refragatur huic sententiæ, quod traditur, possessionem solo animo non acquiri, sed simul animo et corpore. *L.* 3. *in pr. L. quemadmodum, infr. de acq. poss.* Non enim qui dicit te in hac caussa animo cœpisse possidere, is dicit te possidere cœpisse solo

ani-

animo. Utrumque verum est, et te hic cœpisse possidere animo, et tamen non nisi animo et corpore simul cœpisse. Diceris animo cœpisse possidere, quia ab animo prius non possidebas: non enim rem tenebas domini opinione vel effectu: nunc primum id cœpisti facere, cum pecuniam voluntate domini pro tua habere cœpisti. At eodem tempore evenit, ut simul et corpore incipias possidere: prius enim acceptam corpore tenebas, et eodem modo etiam nunc tenes: ut consequens sit, animo dominantis huic detentioni accedente, id te eodem tempore consequi, ut conjunctim incipias utroquo modo rem possidere, et animo et corpore. Tenere quidem corpore non nunc primum incipis, si quis de detentione corporali separatim loquatur, cum etiam prius teneres: at tenere corpore conjunctim cum animo et effectu dominantis, necesse est, ut nunc primum dicaris incipere, cum simul utrumque prius non feceris. Quare ut in hac caussa dicatur pecunia mutua facta esse, omnia sunt in eo regulis juris de acquirenda possessione, et transferendo pecuniæ dominio, nec non regulis mutui consentanea. Illud potuit dubitari, quid opus fuerit in hac specie laborare utrum postquam permisi tibi pecunia uti, cœperit ea pecucunia tibi mutua fieri, necne: cum etsi mutua non fiat, nihilominus de ea reddenda mihi tenearis ex caussa depositi. Ad hoc expediendum referri debet, quod Ulpianus scribit in extremo: † *ergo*, inquit, *transit periculum ad eum, qui mutuam roga-* 3
vit. Effectus hic est mutui contracti: quo ostenditur, quid referat in proposito, utrum post illum permissum meum dicamus pecuniam depositam manere, an fieri mutuam. Nam si manet deposita, et res perit postea sine dolo malo depositarii, periculum ejus non est, quantumvis mutuam rogaverit, sed ejus qui deposuit. §. *præterea*, *Inst. quib. mo. re con. ob.* Quod si fit mutua, periculum est ejus, qui rogavit, non ejus qui dedit, §. *item is*, *Inst. quib. mo. re con. ob.*

Ad L. Quod si ab initio. 10.

Idem Lib. 2. ad Edictum.

Quod si ab initio cum deponerem, uti tibi, si voles, permisero: **creditum non esse antequam** mota sit. Quoniam debitum iri non est certum.

S U M M A R I A.

1. *Deposita pecunia apud te hoc pacto, ut tibi esset mutua si voles, non prius fiet mutua; quam eam loco moveris, ut uterere; et cur.*
2. *Differentiæ ratio inter speciem hujus loci et præcedentem.*

Quod supra dictum est, si pecunia mea quam apud te deposueram, permittam tibi uti, confestim eam mutuam fieri, et tibi condici posse: in ea specie dictum est, cum roganti tibi, ut esset mutua, per-
1 misi ea uti. † Diversum esse hoc loco Ulpianus scribit, si te mutuum non rogante deposuerim apud te pecuniam, et officii caussa, ut fit, cum deponerem, dixerim ita apud te esse depositam, ut liceret tibi uti, si velles: hic enim creditam non esse ante, quam mota sit: *quoniam debitum iri non est certum.* Significat his verbis mutuum hic non permitti simpliciter, ut quis dicat id statim contrahi ut in superiore specie: sed permitti sub conditione, quæ vere sit conditio, utpote ex qua debitum iri, idest, quam exituram esse certum non est: nam alioqui habenda non esset pro conditione. *L. quod si ea*, *infr. de cond. ind. L. si pupillus*, §. *quod sub conditione infr. de novat.* Hinc fieri, ut mutuum sub conditione datum non prius constituatur, quam conditio extiterit: hanc autem conditionem, *si uti voles*, tunc exsistere, cum uti cœperis, quod fit pecuniam movendo et contrectando, non ante. Et quod vult mutuum hic contrahi sub conditione, expeditum est: hæc enim adjectio, *si voles*, omnium consensu conditionem habet. *L. si ita legatum*, §. 1. *infr. de legat.* 1. *L. si ita expressum*, *infr. de cond. et dem.* nec dubium est, quin possit non exsistere: cum sit in tua potestate pecunia non uti. Nec minus et illud certi juris est, quod sub conditione datum est, non prius confirmari, quam conditio extiterit. *L. proinde*, *supr. eod. L. qui absenti.* §. 1. *infr. de acq. poss.*

poss. Illud habet dubitationem, quod scribit pecuniam in proposito creditam non esse ante, quam mota sit: innuens nimirum conditionem non prius exsistere, quam si pecuniam loco moveris: quantumvis ante apud te statueris, atque adeo verbis palam declararis te ea uti velle. In quo videtur aperte contra verba conditionis facere: est enim hæc conditio, non si pecuniam loco movebis, aut ea utere, sed si ea uti voles: quid autem prohibet, quominus uti velis, etiam si eam non moveas? Sed recte Ulpianus. Etsi enim verum est condictionem hanc, *si uti voles*, tunc exsistere natura, cum primum volueris: tamen non est satis dicere te uti velle, nisi etiam hanc voluntatem re comprobes. Hoc autem ita fit, si re vera utare, et ea gratia pecuniam loco moveas: ut dicendum sit prius quam id facias, non tam jus deficere, quo fiat ut conditio extiterit: quam probationem, juxta *L. duo sunt*, *infr. de test. tut.*
2 † Cur ergo in specie illa priore, cum re apud te deposita, postea roganti tibi mutuam permisi sine conditione ut ea utereris, placet statim pecuniam fieri mutuam, etiam prius quam moveris: cum utrobique unum et idem tibi permittatur et iisdem verbis, nempe pecunia uti, quæ apud te est deposita? Res concessa non distinguit has species, sed conditio. Utrobique concessus est tibi usus, idest, potestas utendi: jus, inquam: non factum, idest, motio, aut contrectatio pecuniæ: denique utrobique his verbis pecunia mutuo data est: quia jure tuo pecunia uti non possis, nisi sit mutua. Sed ideo in superiore specie statim fit mutua, quia placet esse mutuam sine conditione, et ideo sive utaris, sive non utaris: in posteriore sub conditione, *si uti voles*, idest, *si utare*, ut interpretandum hic esse docuimus: proinde ante quam utare, non potest esse mutuum: non quia non sit datum iisdem verbis, sed quia ita sit datum, ut suspensum sit conditione: ante cujus eventum non contrahitur.

Ad L. Rogasti 11.

Idem lib. 23. ad Edictum.

Rogasti me ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, et nummisutereris: si vendideris, puto pecuniam mutuam factam. Quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris prius, quam venderes: utrum mihi, an tibi perierit, quæstionis est. Mihi videtur Nervæ distinctio verissima, existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam, necne: ut si venalem habui, mihi perierit: quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fuit hoc propositum, ut venderem, sed hæc caussa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam periisse: et maxime si sine usuris credidi.

S U M M A R I A.

1. *Specie data, ut eam venderes et nummis utereris, quando mutuum contrahatur.*
2. *Specie vendita et pretio accepto nummos fieri mutuos; et quam recte hoc dicatur.*
3. L. qui negotia, mand. *quam conveniat cum hac* L. rogasti.
4. *Species vendenda data in hac specie si non vendatur, qua actione repeti possit, si exstet: ea deperdita, cujus periculum sit.*
5. *Usuræ mutuo additæ non faciunt, ut in re mutui caussa data etiam creditoris utilitas versari intelligatur.*

Sive species quæ sequuntur hac *L. et* 2. *seqq.* sunt ex iis, quas Ulpianus in *L. certi*, *quoniam*, *supr.* proposuit se referre velle, et in his quærere, an certi condictio ad petitionem earum sufficiat; sive non sunt, sed in his proprie de mutuo agit, ad quod post explicationem certi condictionis transiit: (nihil enim possumus affirmare, cum sint hæc capita ex eodem libro Ulpiani, et prioribus illis non admodum dissimilia, de mutuo tamen) certe hoc constat subjici species ad caussam mutui pertinentes, in quibus quæritur, re data mutui caussa, non tam an sit condictio, quam an contrahatur mutuum, et si non contrahitur, quæ sit inde actio vel domino rei datae, vel ei qui dedit. Quare hoc quaeramus, omissa anxiore quaestione, quod

fue-

fuerit consilium Ulpiani in his persequendis, quod ex his fragmentis cognoscere satis non possumus: præsertim cum quæstio sit inutilis, dum res intelligatur. Rogasti me ut tibi pecuniam mutuam darem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes, et nummis契 utereris. Hic primum quæsitum est de mutuo, an contrahatur, et quando. † Et si

1 rem non vendideris, constat mutuum non contrahi. Etsi enim res datæ essent, in quibus mutuum consistere potuit; non tamen datæ sunt mutui caussa, sed venditionis: nullus autem contractus est sine consensu. *L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* Ideo cum Ulpianus hic diceret mutuam pecuniam factam: addidit conditionem, si vendideris. Sed etsi vendideris, non continuo pretium mutuum efficitur: non enim fit, si non acceperis, ut declarat idem in *L. rogasti*, *infr. de præs. ver.* ubi in hac ipsa specie scribit rei nomine quam tibi dedi, me tecum præscriptis verbis agere debere, si non vendidisti, aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti. Non est adversus te præscriptis verbis actio re vendita et pretio nondum accepto, si alia vulgaris et usitata competit. *L.* 1. 2. 3. *infr. de præsc. ver.* hæc autem competit, si competit certi condictio ex mutuo, ut docuimus ad *L. certi*, *sup. eod.* Et certe non potest pecunia tibi esse mutua, quæ tua nunquam facta est. *L.* 2. §. *appellata*, *supr. eod.* Neque unquam tua facta est, quæ tibi non est tradita aut a me, aut ab alio. Quid est igitur, quod hic Ulpianus pecuniam mutuam factam ait solum, si vendideris: neque addit, et pretium acceperis? Putavit id satis intelligi ex narratione facti: id enim actum esse propositum erat, ut rem venderes, et nummis契 utereris, nempe acceptis: quoniam nisi acceptis uti non potes. Ita cum respondet nummos mutuos factos, de acceptis respondere intelligitur, de quibus quæstio præcesserat, ut congruat responsum interrogatione, arg. in §. *præterea*, *Inst. de inut.*

2 *stip.* † Interim hoc statuit, si rem vendideris in specie proposita, et pretium acceperis, mutuam hanc pecuniam factam esse. At et hoc ipsum habuit dubitationem. Neque vero ut fiat tibi mutua, regulæ mutui pati videntur. Quia enim mutuum re contrahitur, non perficitur nuda conventione, sed pecuniam accipienti tradi oportet. Neque id satis; sed ut est natura mutui, sic tradi oportet, ut fiat accipientis. *L.* 2. §. *appellata*, §. *pen. et ult. supr. eod.* Et quia idem constat etiam consensu, nihil prodest pecuniam dedisse, nisi et qui dat, det ut sit mutua, et qui accipit, tanquam mutuam accipiat. L. *si ego infr. eod.* In summa in mutuo esse oportet, qui det, non simpliciter, sed qui det mutuum, seu mutui caussa; et contra esse, qui hoc animo accipiat. At in hac specie qui utrumque præstet, nemo est. Dat quidem emptor tibi hanc pecuniam, sed ut a se debitam ex caussa empti, non tanquam mutuam: ut liberetur obligatione empti, non ut quidquam tecum contrahat: ut sine conventione et animo mutui non possit esse ab illo mutuum. Ego omnino eam pecuniam tibi non do: ut quemadmodum ab emptore non proficiscitur mutuum sine conventione et animo mutui contrahendi: sic nec possit a me proficisci sine pecuniæ datione: quantumvis convenerit inter nos, ut ea pecunia, qnam ab alio accepisti non meo nomine, esset tibi mutua. Apparet autem eam pecuniam, de qua agitur, a me non proficisci: quippe quam tibi emptor dederit, non ego, et is quidem suo nomine, non meo. Dare autem, idest, tuam facere qui potui, qui ne tradiderim quidem: cum sine traditione dominia rerum non transferantur? *L. traditionibus*, *C. de pac.* Imo et si tradidissem, ne sic quidem eam potui tuam facere: Primum quia non fuit mea, nec plus juris traditio transferre potest in eum, qui accipit, quam fuit apud eum qui tradit. *L. traditio*, *inf. de acq. rer. do. L. nemo plus*, *infr. de reg. jur.* Deinde quia hoc amplius pecunia tua fuit, ab emptore eodemque domino in te translata: nec qui alicujus rei dominus est, amplius ejus dominus fieri potest. §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Ita cum eam pecuniam tuam non fecerim, ac ne tradiderim quidem tibi: relinquitur sola conventio, qua convenit inter nos, ut esset mutua: sola conventione mutuum non contrahitur. Auxit dubitationem responsum Africani in *L. qui negotia*, *infr. man.* qui prope diserte et ex professo in hac ipsa specie negare videtur pecuniam mutuam fieri. Et hæc quidem adversus sententiam hujus loci de mutuo differuntur. Sed neque natura mutui efficit, quominus hic recte dicatur esse mutuum, nec Africani responsum adversatur. Recte hic exigitur omnino pro natura mutui, non solum ut de pecunia, quam accepisti, convenerit inter nos, ut esset mutua, sed etiam ut sit a me profecta, et a me tibi data. Sed ut id exigimus, ita fit etiam in hac specie, si non recta et aperte at certe ita, ut quod fit, hoc eandem vim habeat. Ego pecuniam naturaliter tibi non dedi: sed dedi lancem, ut venderes, et ea vendita voluntate et benefi-

neficio meo per caussam ejus rei pretium es consecutus: perinde hoc habendum est, quasi vendidissem ipse, et pecuniam inde redactam tibi tradidissem. Et certe si in caussa damni dati, ubi de delicto agitur, et ubi ad obligandum ut in re odiosa tardiores esse debemus, arg. in *L. cum quidam, infr. de lib. et post.* tamen vere dicitur eum videri damnum dedisse, qui præbuit caussam damni: *L. qui occidit, §. ult. supr. ad leg. Aqui. L. 4. §. pen. in fin. infr. de vi bo. rap.* multo magis in contrahendo is pecuniam dedisse dicendus est, qui ejus habendæ caussam dedit. †

3 Plus difficultatis objicit responsum Africani in *d. L. qui negotia, infr. man.* Et omnino difficile est efficere, ne videatur in hac specie esse contrarium. Is enim cum disseruisset nuda pactione pecuniam creditam fieri non posse: subjicit quod ad superiorem speciem pertinet in hæc verba: *his argumento esse eum, qui cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset: nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo ejus fore, qui accepisset argentum.* Scio tentari posse ex his verbis, ut dicamus, argentum quidem hic vendendum datum esse ab eo, qui mutuam pecuniam dare vellet, sed non esse vendendum datum mutui caussa: quia proponitur simpliciter datum esse, ut venderes; non etiam hoc adjecto, ut nummis utereris. Quod secus fit in specie hujus loci dè qua agimus: in qua argentum tibi dedi, non ut venderes tantum, sed nominatim ut venderes, ét nummis utereris. Ideo in ea mutuum contrahi, quia et pecuniam tibi dedisse videar, et convenerit, ut esset mutua. In specie autem superiore Africani non esse mirum, si quamvis argento vendito, et pecunia inde recepta, tamen mutuum non contrahatur: quia mutuum non contrahatur sine conventione. *L. 1. §. 1. supr. de pac.* Sed quominus negemus in specie Africani argentum vendendum datum esse mutui caussa, et verbis ejus loci, et manifesta sententia prohibemur. Nam in verbis, *qui argentum dedit*, nominatim proponitur dedisse, *cum pecuniam mutuam dare vellet*: quo significatur eum iam tum cum dabat, voluisse mutuum dare. Adjicit Africanus *pecuniam ex argento redactam periculo ejus fore, qui accepisset argentum.* Non potuit periculo ejus esse, nisi mutui animo data esset ita, ut qui accipiebat, vel jam nunc, vel quandoque ipse vellet, mutuam haberet, arg. *L. 4. supr. eod.* Institutum vero Africani, et finis ad quem exemplum superius refertur, satis quid ille sentiat, ostendit. Proposuerat nuda pactione pecuniam creditam fieri non posse. Ad hoc probandum utitur superiore exemplo. Inepte, si in eo ita argentum vendendum datum est, ut de mutuo nihil convenisset, de couventione enim mutui quærebatur. Sed et frustra id adhibebitur ad rei propositæ probationem. Dicetur enim neminem dubitare, quin citra conventionem mutui non contrahatur mutuum, sed non si id receptum est, ideo consequens esse non contrahi conventione: proinde restare adhuc hanc quæstionem, an sola conventione contrahi posssit. Quid ergo relinquitur, quominus videatur huic loco contrarium scripsisse Africanus? Mihi hoc relinqui videtur, ut fateamur quidem speciem ab illo proponi, in qua argentum vendendum datum sit, et datum mutui caussa, seu ab eo, qui pecuniam mutuam dare vellet, si haberet; sed retineamus id quod verba dant, datum esse argentum vendendum quidem; non tamen ita, ut nummis utereris. Quo intelligi volumus sic datum esse, ut ea datione statim esset mutuum non in pecunia ex argento redacta, sed in argento dato. Quæ res facit, ut omnino non sit mutuum: eoque verum sit, etsi is qui argentum dabat, pecuniam mutuam dare vellet, si haberet: nihilomagis pecuniam mutuam recte petiturum. Non enim erit mutuum in argento: quia his species data est, in qua mutuum non consistit. *L. 3. §. 1. supr.* Non erit in nummis inde redactis: quia ut hi mutui essent, non convenit. Non obstat, quod dicitur his qui argentum dabat, id dedisse, non cum argentum mutuum, sed cum pecuniam mutuam dare vellet. Hoc enim sine vitio sic commode accipietur: cum pecuniam mutuam dare vellet, si haberet, et quia non habebat, ideo lancem argenteam dedi ut pro mutuo cederet. Neque vero hoc sensu exemplum non optime conveniet instituto Africani. Propositum illi est dicere nuda conventione mutui non fieri pecuniam mutuam: sed ita, si ptæter conventionem ea quoque accedant, quæ mutuum desiderat. Ea sunt autem: res quæ intervenit, apta ad mutuum contrahendum, et ejus rei datio. Sic igitur ille ratiocinatur: Ut si cum mutuam pecuniam tibi dare vellem, nec haberem, lancem tibi dedi vendendam mutui caussa: non ideo contrahitur mutuum, neque lance non vendita, neque ea vendita, et pretio inde redacto, quia etsi de mutuo convenit, tamen deest res apta ad mutuum contrahendum: ita in quæstione a me proposita, etsi de

de pecunia convenerit, ut esset mutua, quam constat mutuo dari posse, si tamen convenit solum, neque tibi data est, mutuum non contrahetur: quia hic quoque deest aliud, quod mutuum desiderat, nempe ut pecunia detur, quam mutuam esse volumus. In summa species ab Africano ita proposita est, quasi lancem argenteam tibi vendendam dederim mutui quidem caussa; non tamen ita, ut eo usque exspectares, donec venderes, et pecunia inde redacta esset mutua: quæ res mutuum impedit. Hic tibi dedi lancem ut venderes, et pecunia ex pretio redacta in mutui caussam converteretur. In qua pecunia cum mutuum consistere potuerit, et convenerit, ut esset mutua, perinde sit autem, quasi eam tibi dederim: omnia concurrunt, cur exstimari debeat mutua esse facta, cum vendideris lancem, et pretium acceperis. Interim quidquid de mutuo ejus pecuniæ statuerimus, hoc convenit inter omnes veteres, non contrahi mutuum prius, quam eam lancem
4 vendideris. † Hinc de lancis obligatione in hac specie tractatum est. Quid enim, si nondum vendideris, sed apud te retineas? Quid, si nec vendideris, et certum sit te vendere non posse, quia eam amiseris? Et si quidem apud te extat, nec eam vendis, constat te teneri, ut reddas: si non ob aliud, certe ob hanc caussam, quod acceperis, ut venderes, quæ caussa secuta non fuerit. Quia tamen accepisti etiam mutui caussa, ideo hic quæsitum est de genere contractus, ut constaret etiam de actione. Et placuit me tecum agere debere præscriptis verbis: de quo idem Ulpianus auctor hujus loci in *L. rogasti*, *infr. de præs. ver.* Quod si lancem perdideris, prius quam venderes, quæsitum est, an adhuc tenearis: in quo quæritur de periculo rei, et utrum tibi perierit, an mihi. De quo hic secundo loco subjicitur. Et distinctio in aliis contractibus omnibus recepta postulare videbatur ut diceremus, si quidem tua culpa amissa sit, eam tibi periisse, sive utilitas tantum tua in hoc contractu versetur, sive mea et tua; sin perierit casu sine culpa tua: utrobique contra evenire, ut meo periculo perierit, non tuo: quia casus fortuito a nullo debitore præstentur. *L. si ut certo*, *§. nunc videndum*, *et 2. §§. seqq. infr. com. L. contractus*, *infr. de reg. jur.* Sed hoc in hac specie non per omnia placuit; quod quoniam illis positis, quæ dixerat, secus poterat videri, ideo ne quis ex illis esset error, commodissime de eo subjecit. Et de culpa tua idem hic quod in aliis caussis servari citra controversiam æquum est, cum utilitas tua in hoc contractu versetur. Ideo hac parte tanquam explorata prætermissa de eo solum quæstio posita est: si lancem sine culpa tua perdideris, idest, si casu. In eo autem ita distinguitur, ut si mea quoque caussa res gesta sit, quod ita fit, si venalem eam lancem habuerim: mihi perierit. Qnod si tui tantum commodi caussa ego dederim, quia non fui hoc proposito, ut venderem, sed hæc caussa fuit vendendi, ut tu utereris: perierit tibi. Prius ex eadem distinctione est, et est æquissimum ubique servari, quandiu contractus a mutuo recedat: quod accidit tunc, cum in re danda et mea et tua utilitas vertitur: id enim aliter fit in mutuo. Posterius cum superiori distinctioni, et notis regulis juris adversetur, quæritur; quomodo defendatur. Sic enim traditur, ubi nulla culpa debitoris interveniat, rem alienam, quæ apud debitorem sit, domino perire. *L. pignus*, *C. de pig. act.* item: casus fortuitos a nulto præstari. *L. contractus*, *in fi. infr. de reg. jur. L. quæ fortuitis*, *C. de pig. act.* item: omnem debitorem, qui rem certam præstare debeat, quod sine ejus culpa factum sit, ejus interitu liberari. *L. quod te supr. eod. L. si ex legati*, *infr. de ver. obl.* Utque intelligatur, nihil ad rem pertinere, si in eo contractu solius accipientis utilitas agatur, facit exemplum commodati: quod cum accipientis tantum caussa dari soleat, constat tamen etiam in hoc genere casus fortuitos a debitore non præstari. *L. si ut certo*, *§. quod vero*, *infr. com. §. item is*, *Inst. quib. mo. re contr. obl.* Et vero his rebus moti alii vulgo fatentur ne hic quidem lancem perire tibi, si vere casu amissa sit: et quod hic dicitur, si sine tua culpa res pereat, tibi eam perire: culpam interpretantur, quæ aut lata sit, aut levis, non etiam quæ levissima: ut sit sensus, si sine culpa tua lata, aut levi perierit, tuum id periculum esse; si sine levissima, non esse. Quasi culpá levissima, non sit culpa: aut quasi in simili specie in *L. 4. supr. eod.* non aperte scriptum sit speciem quæ mutui caussa data est, etiam mutuo nondum contracto esse periculo ejus, qui accepit. Scimus autem, cum rem periculo alicujus esse dicunt juris auctores, periculi verbo quid significent. Sed hoc refelli pluribus ad *d. L. 4. supr.* Non dubium est, quin Ulpianus et hic, et illic hoc exprimat, speciem omnem, quæ alicui tradita sit futuri mutui caussa, si modo tradita sit ei, qui prius mutuum rogarit, et tradita ab eo, qui nullam aliam caussam rei tradendæ haberet, quam ut ei

qui

qui rogavit, consuleret, quo is pecuniam mutuam nancisceretur: hanc, inquam, omnem speciem etiam prius quam mutuum sequatur, periculo ejus esse, qui accepit, quamvis sine ulla ejus culpa et casu fortuito perierit. Non obstant, quæ supra retulimus de casibus fortuitis a debitore non præstandis: hæc enim in mutuo locum non habent. *d. §. item*, ***Inst.*** *quib. mo. re contr. obl.* Placet in eadem caussa esse res cæteras, in quibus mutuum non contrahitur, si mutui caussa datæ sint ita, ut qui dedit, nec caussam nec propositum ullum habuerit, nisi mutui dandi. Cujus rei rationem reddidi in *d. L. 4.* Ait Ulpianus lance deperdita tibi eam periisse, et addit,
5 ET MAXIME SI SINE USURIS CREDIDI. † Unde colligitur etiam tunc tuum periculum fore, cum pecuniam tibi sub usuris crediderim. Atqui prius dixerat, si lancem tibi dederim et in eo utriusque nostrum utilitas versetur, lancem mihi perire, si casu eam perdideris. An non ergo utriusque nostrum caussa negotium geritur, cum lancem tibi do, ut mutuam pecuniam inde habeas, ego usuras a te accipiam? Si quod per accessionem et consequentiam fit, spectamus, dici potest geri; at si id, quod principaliter, omnino non geritur. Sors enim ipsa, quæ mutuo datur, tota debitoris caussa comparata est, non creditoris: tametsi per consequentiam mutui evenit ut propter usum pecuniæ aliquid accipiam. Porro quod principaliter fit, spectare debemus, non quod per consequentiam, argum. in *L. 1. infr. de auct. tut.* Quamquam si vere judicare volumus, simpliciter recte dicturi videmur in totum neque in lance vendenda data, neque in mutuo: cujus caussa lanx datur, meam utilitatem contineri propter usuras, non solum principaliter, sed ne per consequentiam quidem. Quod enim usuras percipio, neque ex lancis venditione consequor neque ex mutuo. De lancis venditione certum est. De mutuo potest dubitari, cum per caussam mutui usuras habeam. Sed et hoc nihilominus verum est. Usuræ enim non ex mutuo, aut propter mutuum, sed propter usum pecuniæ mutuo datæ percipiuntur. Inter quæ multum interest. Fieri enim potest, ut quis mutua pecunia non utatur, sed statim eam reddat, atque ita usuras non debeat, quia nullus pecuniæ usus fuerit: cum tamen mutuum fuisse constet. Nam ideo reddidit, quia prius mutuum acceperat. Ut autem in alterutro negotio utilitas mea versetur propter usuras, quæ mihi debentur, prius est, ut eas usuras ex eorum alterutro, aut certe propter alterutrum percipiam.

Ad §. Si tibi decem dedero.

Si tibi decem dedero (sic) ut novem debeas: Proculus ait, et recte, non amplius te ipso jure debere quam novem. Sed et si decem dedero, ut undecim debeas: putat Proculus amplius, quam decem, condici non posse.

SUMMARIA.

1. *Decem datis eo pacto, ut novem reddas, non nisi novem deberi.*
2. *Mutuo decem datis ea lege, ut undecim debeantur, amplius quam decem condici non posse nec usuræ nomine, nec jure donationis.*

MUtuum constat numeratione. *L. 2. §. creditum, supr.* sed constat etiam consensu. *L. 1. §. 1. supr. de pact.* Alterum si deest, mutuum non erit. Ex hoc jure de utraque hac specie recte respon-
1 detur. † Dedi tibi decem eo pacto, ut novem mihi debeas. Placet amplius quam novem non deberi, et quidem ipso jure. Recte: etsi enim numerata sunt decem; non tamen convenit, ut amplius deberes, quam novem: sine conventione non est mutuum. Etsi convenerit, ut novem tantum mihi deberes, addita taxativa particula *tantum*, aut alia simili aliqua, expeditum est. At quid, si dictum sit simpliciter, ut novem deberes, ut hic factum proponitur: etiam ne hic videtur actum esse, ne decimum debeatur? Prima fronte non videtur: neque enim novem nummorum obligatio majorem obligationem exclusit, cum fieri possit, ut qui novem debet, etiam decem debeat. Propone eum, qui decem debet. Verum est hunc debere novem, quia in decem novem insunt; et nihilominus eumdem amplius quam novem debere certum est. Et sane concedendum est, non ideo te non debere decem, quia novem debeas, sed quia decem dando nominatim con-

convenit, ut novem deberes: perspicuum est hac conventione id ipsum actum esse, ut id solum debeas: alioqui nequidquam id caveatur; cum sine hac lege æque futurum fuerit, ut decem, et propter decem novem deberes. Semper autem, quod nominatim cautum est, sic accipi oportet, ne supervacuo cautum videatur. arg. *L. si quando, infr. de legat.* 1. *L.* 1. *in fin. infr. ad municip. L. quoties in infr. de reb. dub.* Et certe qui ex pluribus numeratis, quædam debitum iri nominatim cavet, aperte alia eludere intelligitur, ne debeantur: alioqui quorsum illa ab his distinguat? Ergo hoc constat in specie proposita decimum ex mutui caussa non deberi. Sed cur dici non possit deberi abs te ita, tanquam quod sit apud te sine caussa? Et vero id ita esse necesse est, nisi tibi sit donatum. At hic nihil verbis donatum proponitur: neque in re dubia donare quisquam existimandus est. *L. cum de indebito, infr. de prob.* Quidquid porro apud aliquem est sine caussa, id constat ab eo condictione sine caussa repeti posse. *L.* 1. *infr. de cond. sin. cau. L. pen. infr. de cond. ind.* Sed si verum est, quod diximus ex decem numeratis id agi ne decimum debeatur, apparet id ipsum hac conventione donari: si quidem id donari intelligitur, quod nullo jure cogente ita datur, ne unquam repetatur. *L.* 1. *L. donari, infr. de don.* Donatio in primis justa caussa est rei transferendæ. §. *per traditionem, Inst. de rer. divis. tit. pro dot. infr.* Proinde ejusmodi, quæ in non errante omnem condictionem et repetitionem excludat. *L. si repetendi, C. de cond. ob. caus. L. in summa*, §. *id quoque, infr. de cond.* Ita verissime hic dicitur, in specie proposita absolute non amplius te debere, quam decem. Bene vero adjectum est ipso jure. Nihil enim debetur jure, nisi ex justis et constitutis caussis: qualis in proposito de decem nulla est, ubi deest conventio. Nam quod dicitur pacto convento non liberari quem ipso jure, sed tantum per exceptionem. *L.* 5. *C. de pact. L. si unus*, §. *pactus, supr. eod.* huc non pertinet: neque enim dici potest pacto liberari, qui ab initio obligatus non fuit.

2 † Rursum dedi tibi decem ea lege, ut undecim debeas. Cur non sicut valet conventio, ut minus debeas: ita si in dando convenerit, ut plus deberes, non valebit? Et placet decem deberi, in quæ conventio et numeratio concurrunt: id quod excedit, non deberi. Recte hoc quoque: non quod hic non æque conventio servanda sit, ut supra, si modo cætera concurrerent, quæ mutuum desiderat; sed quia in eo quod excedit, deest numeratio, sine qua non est mutuum. Nec quisquam hic moveatur eo, quod traditur, in traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere. *L. in traditionibus, supr. de pact.* Id enim ex edicti exceptione perpetua hactenus verum est, nisi sit contra leges. *L.* 7. §. *ait prætor, supr. de pact. L. pacta quæ contra. C. eod.* Est autem ut contra naturam, ita et contra jus, ut re contrahatur obligatio ultra, quam datum est: qua ratione hæc sententia defenditur a Paulo in *L. si tibi, supr. de pact.* Et sane facile quis concesserit hic ultra decem mutuum non esse. Sed quid refert, si quod amplius est, alio jure quam mutui potest deberi? Videamus autem, dixerit aliquis, ne aut tanquam usura, aut tanquam donatio jure defendatur. Nam usuras supra quam datum est, recte accipi constat: et pactum donationis ex constitutione Justiniani ubique valet. *L. si quis argentum*, §. *ult. C. de don.* Et quod hic ut mutuum pacto valere non potest, multo minus tanquam usura, ut donatio valebit. Usuræ ultra id quod datum est, deberi et peti possunt: sed dum hæ sint promissæ, et promissæ ita, ut jure oportet, quorum neutrum in hac conventione accidit. Nam ut videantur promissæ, verba conditionis non fuerunt: non solum quia nihil hic de usuris expressum est; sed etiam quia res in conventionem deducta usuris adversatur. Harum enim hæc conditio est, ut quia præstantur pro usu pecuniæ, ideo et quandiu hic usu perseverat, tandiu usurarum pensiones repetantur: hic autem decem dantur ea lege, ut pro eo usu semel tantum unum aliquid præstetur. Non est actori tribuendum ex conventione, quod in conventionem aperte deductum non est: cum etsi in ea aliquid sit ambigui, verba adversum eum interpretemur. *L. quidquid, L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus, infr. de verb. obl. L. cum quæritur, infr. de reb. dub.* Sed demus hic id quod excedit, usurarum nomine promissum esse: non tamen ita cautum est, ut possit deberi. Pacto enim cautum est: usuræ autem in strictis judiciis aliter deberi non possunt, quam stipulatione. *L.* 3. *C. de usur.* Eadem de donationis caussa hic licet dicere. Nam primum nulla in hac conventione donatio est: quod enim ad decem amplius adjicitur, adjicitur non gratis, sed ob caussam, quia mutuum accipienti datum sit. Constat donationem ob caussam proprie donationem non esse, *L. hoc jure*, §. 1. *L. Aquilius, infr. de don.* Deinde ut maxime hanc

hanc præstationem donationem vocemus: tamen in fraudem usurarum adjici constat, cum quidquid supra sortem accedit, id usuram imitetur. Ut ergo si aperte usura pacto constituta esset, contra jus esset eam deberi: *d. L. 3. C. de usur.* ita et tunc eam servari contra jus erit, cum usura alio verbo tegetur. Fit enim hoc in fraudem legis: quod tam improbatur, quam si aperte contra legem esset. *L. non dubium, C. de legib.* argumentum in specie non dissimili in *L. qui testamentum, infr. de prob.*

Ad §. Si fugitivus servus.

Si fugitivus servus nummos tibi crediderit, an condicere, tibi dominus possit, quæritur. Et quidem si servus meus cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi: erit mutua. Fugitivus autem, vel alius servus contra voluntatem domini credendo, non facit accipientis. Quid ergo? vendicari nummi possunt, si existant, aut si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi. Quod si sine dolo malo consumpsisti, condicere tibi potero.

SUMMARIA

1. *Alienam pecuniam mutuam dando domini voluntate, mutuam facimus.*
2. *Aliena pecunia data citra domini voluntatem, nec fit accipientis: nec mutua, quandiu consumpta non est, aut consumpta dolo malo.*
3. *Florentina lectio emendata.*
4. *Alienam pecuniam qui dedit, etiam nondum consumptam repetere potest; et qua ex caussa, quave actione.*
5. *Consumptis sine dolo malo nummis alienis mutuo datis, nascitur danti mutui condictio; quæ, et qua ex caussa hæc condictio.*
6. *Consumptione nummorum perinde haberi eum, qui consumpsit, quasi pecunia ejus facta esset; et cur; et* n. 9.
7. *Consumptis dolo malo nummis non confirmatur mutuum, nec nascitur adversus consumentem condictio; et cur.*
8. *Consumptis etiam per partes nummis, nasci per partes condictionem.*
9. *Consumi pecunia quomodo intelligatur.*

HUjus §. *et L. nam etsi*, 12. *infra.* unus contextus est ad eandem quæstionem et sententiam pertinens. Quod non solum inscriptio utriusque loci arguit (est enim uterque Ulpiani, sumptus ex eodem libro vicesimo sexto ad edictum) sed multo certius orationis series in eadem specie cohærens. In primis autem ratio *L. nam etsi*, quæ aperte confirmationem ejus, quod in extremo hujus §. scriptum est, continet. Ideo a nobis conjunctim explicabitur. Quæstio est, an cum quis pecuniam mutuam dat, quæ aliena sit, aliquando pecunia fiat mutua, aut certe tanquam ex mutuo condictio nascatur, vel danti, si sui juris est; vel ei, cujus est in potestate, si sit servus, aut filiusfamilias. In quo hoc quæri intelligitur, an quod dicitur in *L. 2. §. appellata, §. creditum, supr.* in mutuo dantem oportere dominum esse, præfracte secundum verba retinendum sit: ut nunquam sit mutuum, nec ex eo condictio, si is qui dedit, dominus pecuniæ non fuit; an vero ex sententia ita temperandum, ut interdum etiam tunc et mutuum contrahatur, et condictio nascatur. Itaque quæstio ad illius dicti interpretationem referenda est. Et quid hic in universum tenendum esset, dixi ad *d. L. 2. §. appellata, supr.* Quod horum locorum proprium est, in his de eo summa hæc est: duobus temporibus fieri, ut quamvis quis alienam pecuniam mutuo dederit, tamen contrahatur mutuum, certe tanquam ex mutuo condictio acquiratur vel ei, vel alii cujus in potestate est: uno, si dederit domini voluntate: altero, si pecunia contra voluntatem domini data, nummi sine dolo malo accipientis consumpti sint: illic pecuniam statim fieri mutuam; hic consumptione mutuum confirmari: de qua parte præcipue hic agitur. Quid ergo interim fiet, dum nummi exstabunt, aut tunc cum dolo malo erunt consumpti? Placet domino pecuniæ vindicationem nummorum dari adversus possessorem: danti denegari condictionem. Quæ Ulpianus in hoc §. demonstrat sub persona servi: sed ita, ut nihil hic servi proprium sit, sed sit ejusmodi, quod pertineat ex æquo ad omnes, ut declaratur in *L. nam etsi, infr.* Continet ergo hic locus tria: quæ an recte hinc colligamus, et quam vera sint, quamque rationem habeant, sigillatim dicemus. † Primum hoc ratum est, si quis alienam pe- 1

cu-

cuniam mutuo det domini voluntate, pecuniam statim mutuam fieri. *Si*, inquit Ulpianus, *servus meus*, *cui concessa est peculii administratio*, *crediderit tibi*, *erit mutua.* Dixit, *cui peculii administratio concessa est*, ut intelligeremus eum, cui peculii alienandi, eoque et pecuniæ collocandæ potestas a domino data sit. Quapropter et in homine libero, qui a domino pecuniæ eandem potestatem acceperit, idem dicendum est. Nec metuemus hic, ne is, qui dat pecuniam, non faciat eam accipientis, tanquam qui ejus dominus non fuerit: contra quam lex mutui exigit. *Inst. quib. mo. re con. ob. in pr.* Qui enim dat voluntate domini, tam dominium transfert, quam si dedisset suam. *L. qua ratione*, *§. hæ quoque*, *infr. de acq. rer. dom.* Illud superius fortasse adversari videbitur, quod dicitur in mutuo dantem dominum esse oportere: *L.* 2. *§. creditum*, *supr. eod.* nam hic non est dominus, qui dat alienum, quamvis domini voluntate dederit. Dicemus non esse dominum re vera: et si verba spectamus, hanc illius dicti exceptionem esse, quæ hic traditur. Sed effectu abunde pro domino habendus est, qui in mutuo id præstat, quod dominus faceret, et quo nihil amplius mutuum desiderat: quippe dominium transfert. Aliud non faceret dominus, si ipse pecuniam credidisset: ut si vim et potestatem hujus traditionis inspiciamus, non debeat efficere hæc species, quominus vere in universum definiatur in mutuo, dominum dantem esse oportere. Recte fit tamen, quod de ea separatim dicitur: hoc enim eo spectat, ne illis verbis decepti putemus in hac specie mutuum ob id non contrahi, quia ipse non est dominus, etsi
2 domini potestate utitur. † Quod secundum hic traditur, pertinet ad pecuniam alienam, quam quis mutuam dedit citra domini voluntatem, quam eandem nondum consumpsit is, qui accepit, aut consumpsit dolo malo. Hanc significat Ulpianus si in aliqua caussa ex his erit, mutuam non fieri, eoque nec condici posse: quia utroque tempore eveniat, ut non fiat accipientis. Id voluit in hoc §. cum subjicit: *fugitivus autem vel alius servus contra voluntatem domini credendo*, *non facit accipientis.* De fugitivo dicit, quia semper fugitivus in ea caussa est, ut sine voluntate domini pecuniam alienet, etiam si priusquam fugeret, liberam peculii administrationem a domino concessam habuerit: hæc enim in fugitivo non manet. *L. libera*, *infr. de pec.* Cæteri servi contra voluntatem domini credere intelliguntur, cum aut pecunia dominica est, aut peculiaris quidem, sed quam dominus nominatim vetuerit credi. Nam si non vetuit, sola peculii concessione etiam mutuo dandæ et recte collocandæ pecuniæ potestatem fecisse videtur: etsi cæteris in rebus alienationem non concedit, nisi libera peculii administratione concessa, ut scripsi jam ante ad *L.* 2. *§. ult. supr. illic*, *nec obstet.* Hi ergo si credunt, non faciunt, inquit Ulpianus, nummos accipientis: quippe cum domini non sint, nec voluntate domini tradant, non possunt plus juris transferre in eum qui accipit, quam ipsi habuerunt. *L. traditio*, *infr. de acq. rer. dom. L. nemo plus*, *infr. de reg. jur.* Hinc vult intelligi, pecuniam hoc casu mutuam non fieri, quisquis erit, qui alienam mutuo dederit. Hoc enim consequens est, cum in mutuo oporteat rem fieri accipientis, ut mutuum contrahatur. *Inst. quib. mo. re con. ob. in pr. L.* 2. *§. appellata*, *supr. eod.* Sed quibus conditionibus hic condictio tanquam ex mutuo non nascatur, ostendit, cum subjicit; *quod si sine dolo malo nummos consumpsisti*, *condici tibi poterunt.* Nempe ergo his conditionibus duabus, nummi alieni citra domini voluntatem mutuo dati condici non possunt, eoque nec sunt mutui: si aut is qui accepit, nondum eos consumpsit, sed apud eum exstant; aut consumpsit quidem, sed dolo malo. Et quin exstantibus nummis condictio non competat, non dubitatur: non solum quia et hic, et in *L. nam etsi*, *infr.* nummis alienis datis datur condictio nominatim hac condictione, si nummi consumpti sint: sed etiam quia in *ead. L. nam etsi*, *ver.* 2. diserte scriptum est: *si alienos nummos tibi mutuos dedi*, te non ante *mihi teneri*, *quam eos consumpseris.* Sed an idem dicendum sit, etsi quis eos consumpserit dolo malo: ambigi potest propter verba *d. L. nam. etsi*: nam in principio verba ita sunt: *sed consumptis nummis* a fure datis *nascitur condictio*, et paulo post: *quod si per partes eos consumpseris*, ait Papinianus *me per partes condicturum.* Utrobique ex consumptione datur condictio; nec distinguitur, qua fide nummi ab accipiente consumpti sint: ut dicendum sit nummis consumptis omni modo nasci condictionem, quæ ante non fuerat, etsi dolo malo quis consumpserit. Et cur dicet aliquis, non teneatur condictione is qui dolo malo consumpsit, idest, gravius deliquit: si etiam tunc tenetur, cum dolo malo in ea consumptione nihil fecit? Dixerit etiam fortasse hunc §. non obstare. Quod enim dicitur si sine dolo malo consumpsisti, nummos tibi condici posse: jubebit ita accipi, quasi po-

positum id esset, de quo major dubitatio erat, ut ex eo id quod minus dubium erat, sua sponte intelligeretur: quasi ita scriptum esset: quod si consumpsisti quamvis sine dolo malo, condici tibi poterunt. Sed si ita interpretamur, locum pervertimus, his enim verbis, quamvis sine dolo malo consumpseris, comprehenditur uterque casus, sive sine dolo consumpseris, sive dolo malo. At hac conditione, si sine dolo malo consumpsisti, aperte ille casus excluditur si consumpsisti dolo malo. *L.* 1. vers. *hujus rei*, *supr. de offic. ejus cui man.* Nec vero dubium est, quin ita accipiendum sit, ut hoc posteriore casu non sit condictio, idque ipsum ut statuamus, non verba tantum, sed etiam certa juris ratio efficit. Nam si nummi alieni quia adhuc apud te exstant, neque tui facti sunt; tibi condici non possunt: consequens est nec eos tibi condici posse, quos dolo malo consumpsisti: quoniam et hi jure non alio loco habentur, quam si exstarent. *L. parem*, *L. qui dolo*, *infr. de reg. jur.* Sed nec hi magis tui efficiuntur, quamvis consumpseris; neque minus teneris eorum vindicatione domino, quam si possideres, ut mox sequitur, de quo postea pluribus. Itaque quod in *d. L. nam etsi*, *L. non omnis*, §. *si pupillus*, *infr.* et si qui sunt alii loci similes, dicitur simpliciter, cum nummi alieni credendi caussa dati sunt, his consumptis nasci condictionem: non dubitabimus cum ex hoc §. tum superiore ratione exigente ita interpretari: si nummi bona fide ab accipiente consumpti sint, dum is alienos esse ignorat. Quod si quis generalitatem verborum nobis objiciet, et eam præfracte retinere volet, non refugiam, quin hæc quoque uti sunt, sequamur, neque eo minus eandem sententiam, quam dicimus, expriment. *Consumptis nummis semper condictio nascitur*; hæc verba ad eos nummos qui mala fide consumpti sunt, non pertinent: non enim consumpti dicendi sunt, qui jure pro exstantibus per omnia habentur. Quid ergo fiet nummis adhuc exstantibus, aut mala fide consumptis? Si de domino pecuniæ quæritur, ait Ulpianus, *vindicari hos posse* utroque casu, et de his *ad exhi-*
3 *bendum agi.* † Quo loco lectio Florentina animadvertenda est: ea ita habet: Quid ergo? vindicari nummi possunt, si exstant, aut si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi. Quæ lectio vitiosa est. Ut enim hæc verba sunt, vindicatio domino datur tantum uno casu, si nummi exstent: et actio ad exhibendum item uno casu, si nummi dolo desinant possideri. Male utrumque et adversus notissimas regulas juris quæ sunt de utraque actione. Nam actio in rem cum adversus eum constituta sit, qui possidet: *L. actionum*, *infr. de ob. et act.* §. 1. *Inst. de act.* fit hoc jure, ut non minus adversus eum competat, qui dolo malo desiit possidere: quoniam hic ubique pro possessore habetur. *L. qui petitorio*, *supr. de rei vind. L. parem*, *L. qui dolo*, *infr. de reg. jur.* Ad exhibendum autem actio competit illa quidem adversus eum, qui dolo possidere desiit, ut est in *L. Julianus*, *supr. ad exhib.* sed hoc non alia de caussa, quam quod, si possideret, hac actione teneretur: nunc autem pro possessore est, qui dolo fecit, quominus possideret, ut ibidem ratio adjecta est. Cæterum extra controversiam est etiam hanc actionem multo magis adversus eum dari, qui possidet. *L.* 3. §. *ult. supr. ad exh.* Loci sententia constabit, si utraque conditio legatur conjunctim, et pariter ad vindicationem referatur: deinde interponatur particula, et, quæ iisdem conditionibus det actionem ad exhibendum, ut legatur hoc modo: Vindicari nummi possunt, si extant aut si dolo malo desinant possideri, et ad exhibendum agi: ut sit is sensus, quem supra sum complexus: utroque casu dominum pecuniæ vindicare nummos suos posse ab eo qui accepit, sive exstent, sive dolo desinant ab eo possideri: et item posse utroque casu de his adversus eum ad exhibendum agere. Hæc de domino pecuniæ. † 4
Quid ei, qui pecuniam alienam credidit, nullane his casibus condictio dabitur adversus eum qui accepit? Verba Ulpiani efficere videntur, nullam omnino esse: ut consequens sit domino non vindicante nummos apud eum qui accepit, manere impune. Ait enim: *quod si sine dolo malo consumpsisti*, *condici tibi poterunt.* Quo significatur, si non consumpsisti, aut non dolo malo, non posse condici: id autem valet nullo modo posse condici: non enim distinxit condictionis genus. Idem significat in *L. nam etsi*, cum ait in hac specie *consumptis nummis nasci condictionem.* Hoc enim eam vim habet, nummis non consumptis condictionem non nasci: hanc autem, an illam intelligeret, non addidit. Sed apertius hoc expressit in *ead. L. nam etsi*, cum scribit: *si alienos nummos tibi mutuos dederim*, *te non ante mihi teneri*, *quam eos consumpseris.* Non dixit te mihi ex caussa mutui non teneri, sed simpliciter *te mihi non teneri*: quibus verbis omnis actio in personam excluditur. Sed etsi in his omnibus locis verba indefinita sunt, tamen ubique condictio ex mutui caussa intel-

telligenda est. Species enim in omnibus nominatim posita est de eo, qui pecuniam mutuam, seu credendi animo dedit. Proinde responsum de condictione ad hypothesim revocandum est, ut congruat interrogationi: quomodo etiam in stipulationibus responsum alioqui simplex et indefinitum accipiendum esse convenit. §. *præterea*, *Inst. de inut. stip.* Ita hæc erit sententia. Si quis pecuniam alienam mutuam dederit: ut nummi sine dolo malo consumpti condici ex ea caussa ex qua dati sunt, possunt, idest, ex caussa mutui: ita sive nondum sint consumpti, sive consumpti sint dolo, ex hac caussa condici non possunt: quo nihil verius; estque ut certum, ita et perpetuum. Non enim hic contrahitur mutuum. Sed nec probandum est, quod Accursius in *L. nam etsi*, ad verbum, *consumpseris*, scribit nummos quamvis adhuc exstantes condici posse quasi consumptos, quia videatur per debitorem stare, quominus consumantur, juxta regulam juris. *L. in jure*, *infr. de reg. jur.* Quid est enim, quod imputetur ei, si alienis nummis invito domino non utitur, idest, si non vult eo facto se furti alligare? Non ergo, ut dixi, nummis alienis adhuc exstantibus condictio tanquam ex mutui caussa nascitur. Sed aliæ caussæ admittere possunt condictionem. Quid enim, si is qui alienam pecuniam dedit, eam sibi reddi stipulatus est? huic haud dubie obligatio quæritur ex stipulatione, *L. 2. C. eod.* §. *de constituta*, *Inst. de act.* unde et ei condictio certi ex hac caussa dabitur. *Inst. de ver. ob. in pr.* Quid, si nulla sit stipulatio, sed debitor literis caverit se eam pecuniam redditurum, ac deinde post biennium de pecunia cauta appelletur? Erit adversus eum condictio non ex mutuo, quod nullum est, sed ex literis, tanquam literis contracta obligatione. Nam etsi nihil plane numeratum esset, nihilominus hic eadem esset obligatio ex constitutionibus. *L. in contractibus*, *in pr. C. de non num. pec. Inst. de liter. obl.* Sed etsi nihil horum intervenerit; tamen non dubito, quin danti statim competat condictio ob caussam dati caussa non secuta. Constat enim nummos ab eo datos ob caussam, ut mutui fierent: quæ caussa non est impossibilis, cum possit ab accipiente consumi. Si non fiunt mutui, ut non fiunt, caussa non sequitur. Quam ob rem superiori condictioni locus erit, ut vel possessio saltem reddatur: uti esset in eam rem indebiti condictio, si nummi alieni indebiti soluti essent. *L. indebiti*, §. 1. *infr. de con. ind.* Sed et condictio sine caussa hic recte dabitur: nullo enim mutuo constituto, constat pecuniam apud accipientem esse sine caussa. Hinc apparet, si in mutuo hujus generis repetantur nummi alieni ab eo qui dedit, nihil debitori profuturam hanc defensionem, si dicat sibi nummos alienos datos esse, quominus eos restituere debeat. Aut enim fatebitur nummos a se consumptos esse, et condictione ex mutui caussa tenebitur; aut dicet nondum se usum, sed eos apud se exstare; et jam effectum est illum hoc casu condictione ob caussam teneri. Itaque in hac incertitudine defensionis recte faciet creditor, si duas condictiones proponet disjunctim, condictionem certi ex mutuo, si nummi consumpti sint; et condictionem ob caussam, si nummi consumpti non sint: quæ conjunctio actionum tum recepta est, cum agendi incertitudo nascitur ex facto ejus cum quo agitur. *L. 1.* §. *quia autem*, *infr. quod legator.* † Superest tertium, 5
quod præcipue his locis statuitur, si quis nummos alienos sine domini voluntate mutuos dederit, etsi alias condici nom possent: tamen his sine dolo malo consumptis nasci condictionem danti adversus eum qui accepit. Sententia quæ non his tantum locis, sed et sæpe alias occurrit ut *L. non omnis*, §. *si pupillus*, *infr. eod. L. si quis pro eo*: §. *si nummos*, *infr. de fid.* Id usque adeo verum est, ut quamvis fur dederit, tamen placeat etiam huic nummis consumptis esse condictionem, ut est in *d. L. nam etsi*, *infr.* Postulat hic locus de consumptione, ut quatuor hæc explicemus: Primum an recte detur hæc condictio nummis alienis consumptis: Deinde an recte tunc solum, cum nummi sine dolo malo consumpti sunt: Tum an si quis per partes eos consumpserit, per partes ei condici possint; Postremo quid sit consumere, et quando nummi intelligantur consumpti. Primum recte quæritur, unde sit hæc condictio nummis consumptis, utpote quæ ante non fuerit? Jam dixi condictionem hic intelligendam esse ex ea ipsa caussa, in quam nummi dati sunt, idest, ex mutui caussa. Idque omnino ita intelligi necesse est si nunc primum post consumptionem hæc condictio nascitur. Nam et condictio ex stipulatione, ubi stipulatio interposita est, et condictio ex obligatione literarum et condictio ob caussam, de quibus supra diximus, omnes etiam ab initio, certe ante consumptionem competierunt: ut consequens sit, si qua nunc primum consumptis nummis nascitur, hanc nasci ex mutuo: quasi hujus datio in nummis alienis perpenderit

ex

ex hac conditione, si nummi consumpti sint. At hic laboratur: non est enim mutuum, nisi nummi fiant accipientis. *Inst. quib. mo. re con. ob. in pr. L.* 2. §. *appellata, supr. eod.* Et quomodo creditor, qui dominus ab initio non fuit, consumptos nummos accipientis faceret, cum neque tunc, cum consumebantur, esset dominus magis, quam ante; et postea multo minus esse cœperit? Huic objectioni occurrere Julianus voluit in *d. L. non omnis*, §. *si pupillus, infr.* cum ait eum qui pecuniam credidit, cujus alienandæ potestatem non habuit, hac consumpta condictionem habere: non alia ratione, quam quod facto ejus intelligitur ad eum, qui acceperit, pervenisse. Id pervenisse ad aliquem dicitur, quod ita accipientis factum est, ut perpetuo maneret. *L. aliud est capere, infr. de ver. sig.* Significat ergo Julianus, cum dicimus consumpta pecunia condictionem tanquam ex mutuo nasci, non esse, cur nos moveat, quod dicitur non esse mutuum, nisi pecunia fiat accipientis: id enim et in proposito contingere. Fieri namque pecunia et ejus qui accepit, postquam ab eo consumpta est, idque facto ejus qui dedit: ne quis forte hic quidquam desideret, quod ad mutuum pertineat. Sed et hæc ipsa Juliani ratio parum liquet: manet enim semper illa dubitatio, quomodo fiat, ut qui dominus nunquam fuit, neque cœpit esse postea, rem accipientis faciat. Proinde paulo dilucidius hoc totum explicandum est: ex quo intelligetur etiam, quam vere Julianus et
6 veteres de hac re statuerint. † Dicendum est igitur eum qui ante pecuniæ dominus non fuit, revera nec tunc pecuniam fecisse accipientis, cum hic pecuniam sine dolo malo consumpsit: sed tamen per omnia perinde haberi, quasi id factum esset. Pecunia quidem consumentis ita facta est, et ut loquitur Julianus, sic ad consumentem pervenit, ut si maxime a vero domino in eum translata esset. Is enim consumendo primum eam tam in usus suos convertit, quam si vere ejus dominus fuisset: deinde (quod maxime domini proprium est) consecutus est hac consumptione, ne ejus pecuniæ vindicatione ulli alii teneatur, sive exstantis nomine, sive consumptæ: quippe qui nec pecuniam jam possideat, nec dolo desierit possidere: quo in numero qui sunt, hi actione in rem non tenentur. *L. qui petitorio, supr. de rei vind.* Atque ut hæc consumptio eum, qui accepit, dominum facit, ita cum consumendi caussam ab eo qui pecuniam dedit, acceperit, perinde haberi debet, quasi ab illo dominii, hujus caussam accepisset. Quapropter vere Julianus dixit, hujus facto intelligi pecuniam ad eum, qui acceperit, pervenisse: quod valet, hujus traditione pecuniam ejus qui acceperit, factam esse per consumptionem. Quod si verum est, recte dicitur mutuum consumptione confirmari: uti fieret scilicet, si quo alio modo pecunia mutuo data facta esset accipientis, puta dominio danti postea quæsito, aut pecunia ab eo qui accepit, usucapta. *L. proinde, supr. L. si alienam, infr. de mor. cau. do. L. indebiti*, §. 1. illic, *sed etsi possessionem*, infr. de con. ind. Cumque hæc ipsa consumptio idem efficiat in pecunia aliena a fure data, quod efficeret: si a quovis bonæ fidei possessore data esset: apparet et hoc ipsum in fure recte dici in *L. nam etsi, infr.* consumptis nummis ab eo datis nasci ei tandem condictionem. Sed cum statuimus pecunia aliena mutuo data ab initio mutuum non contrahi, post autem pecunia consumpta id confirmari, nonne adversus regulam juris facimus, quæ vetat, quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere? *L. quod initio, infr. de reg. jur.* Non magis, quam cum sub alia quavis conditione mutuum pendere posse dicimus, ut ex post facto exsistente conditione confirmetur: quod fieri posse inter omnes convenit. *L. proinde, supr. eod.* Et recte: hic enim non tam contractus mutui ab initio vitiosus est aut inutilis, quam nullus. Pendente enim conditione non dicitur inutilis obligatio contrahi, sed nulla. *L. cedere, infr. de ver. sig.* Quod cum fit, quia cessant verba, ideo regula Catoniana locum non habet. *L.* 1. *infr. de reg. Cat.* Inde dicitur regula ad conditionalia non pertinere. *L. pen. infr. de reg. Cat. L. cætera*, §. 1. *infr. de legat.* 1. Est autem hujus generis mutuum, cum pecunia aliena creditur. Hic enim contrahitur mutuum sub tacita conditione, si pecunia bona fide ab accipiente consumpta sit, aut alio modo ad eum pervenerit: qua conditione exsistente incipit esse mutuum, cujus, ut dixi, obligatio nulla ante nata fuerat. *d. L. cedere.* † 7
Secundo loco quærimus, si nummis alienis mutuo datis recte placet condictionem tunc nasci, cum nummi sine dolo malo accipientis consumpti sunt: qui convenit condictionem denegari adversus eum, qui dolo malo consumpsit: cum æquum videatur hunc citius et multo magis teneri propter delictum? §. *sic itaque, Inst. de act.* Id caussæ est, quia hoc casu cessat ratio, propter quam in superiore condictionem nasci volumus. Ideo enim nummi ab accipiente con-

sumpti ei condici possunt, quia videntur hac consumptione ad eum pervenisse. *L. non omnis*, §. *si pupillus*, *infr.* Quod in eo solum dici potest, qui sine dolo malo consumpsit: huic enim jam amplius pecunia a domino auferri non potest. Ad eum non pertinet, qui dolo desiit possidere: ab hoc enim non minus pecunia vindicari potest, quam si eam possideret, ut supra ostendimus. Quod si recte dicitur nummos alienos accipienti condici non posse, quandiu exstant: quia ab eo vindicari posse constat: necesse est et de iis idem dici, qui ab accipiente dolo malo desierunt possideri, quando et hi in eadem caussa sunt: unde et illud eveniet, ut hoc quoque casu non videantur pervenisse ad eum, qui accepit. Quo posito consequens est jus illud superius de condictione tolli: ut quod hac sola ratione nitebatur, quia consumptione videretur pecunia fieri accipientis. arg. *L. quod dictum*, *supr. de pact.*

8 † Tertium quod circa condictionem pecuniæ consumptæ quæri diximus, positum est in *L. nam etsi*: estque ejusmodi, an quemadmodum tota pecunia aliena, quam mutuam dedi, consumpta, totius pecuniæ mihi condictio nascitur: ita et si per partes consumpseris, singularum partium mihi statim nascatur, et possim per partes tibi condicere. Cui quæstioni ansam præbuerunt verba superiora, quibus condictionem in hac specie nasci dixerat. *Si*, inquit, *nummos alienos tibi mutuo datos consumpsisti*, *condici tibi poterunt*: hoc in extremo hujus §. Item cum nummi alieni credendi animo tibi dati sunt, *consumptis eis nascitur condictio*: hoc *in pr. L. nam etsi.* His verbis effici videbatur pecuniam per partes consumptam, per partes condici non posse. Utrobique enim datur condictio sub conditione, si nummi ab accipiente consumpti sunt. Itaque conditio universæ summæ mutuo datæ uni personæ adscripta est: quod cum fit, placet conditionem scindi non posse, sed totum quod in conditione est, esse præstandum, ut conditio impleatur. *L. cui fundus*, *supr. de con. et dem.* Hoc igitur non abs re quæritur, an hoc ipsum in hac condictione nummorum intelligi debeat, ut sic nisi nummis omnibus qui dati sunt, consumptis, condictio in proposito non nascatur. Et ne quis hic erraret, quod ante Papinianus fecerat, idem et nunc verbis Papiniani monet Ulpianus, quod de consumptis nummis dictum est, non sic accipiendum esse, quasi dicatur condictionem tum nascituram, cum universi nummi alieni mutuo dati consumpti fuerint: sed ut quæque pars consumpta erit, ita et eam separatim ab eo, qui pecuniam dedit, condici posse, quasi mutuo videlicet in ea sola contracto. Et certe si tota pecunia ab initio mutua facta esset, liceret creditori partem tantum petere. *L. quidam*, *infr.* Multo magis tum licebit, ubi nihil amplius, quam id quod petitur, mutuum factum est. Notandum, quod ait Papinianus, *cum per partes consumpsisti*, *me per partes condicturum*, et addit: *si admonitus alienos nummos fuisse ideo per partem condico*, *quia nondum totos consumptos compereram.* Quod ideo additum est, non quod etsi non essem admonitus fuisse alienos, sed meos fuisse putarem, non possem partem crediti condicere, si vellem; sed quia si vellem totum recipere, quod mutuum factum est, non possem, quin totum condicerem, si putavi nummos fuisse meos: quoniam hoc modo omnes mutuos esse factos existimarem.

† Quod reliquum 9 est, pecuniam consumptam non sic accipimus, ut res cæteras: quæ dicuntur usu consumi; cujusmodi est vinum, oleum, frumentum. Hæ res dicuntur consumi usu, cum utendo penitus absumuntur, ita ut esse etiam desinant in rerum natura: quod vino contingit, cum ebibitur; oleo, cum editur; frumento, cum in farinam redigitur; aut omnia ad alios usus vitæ necessarios adhibentur. At pecunia consumi intelligitur, cum quis ita utitur, ut eo facto corpora ipsa nummorum, quæ data sunt, certo non appareant, sive id corporibus sublatis contingat, sive his integris in rerum natura manentibus. Itaque si quis pecuniam acceptam conflat, et in aliam speciem argentum vel aurum transfert, consumit is quidem pecuniam sine dubio: quia forma sublata, qua res constabat, pecunia exstinguitur: si verum est, ut est, unamquamque rem propria sua forma perfici, et stare. *L. si is qui quadringenta*, §. *ult. infr. ad L. Fal.* Nec quia pecunia conflata iterum argentum in pecuniam converti potest, ideo pecunia ipsa adhuc manere putanda est juxta distinctionem juris receptam in §. *cum ex aliena*, *Inst. de rer. divis.* Non enim potest materia iterum ad veterem speciem redire sine principis auctoritate: quæ cum intervenerit, nemo dicet novam monetam esse eam rem, quæ prius fuerat: cum ut esset et a forma et a principe nunc primum acceperit. Sed quamvis post pecuniæ usum et tractationem corpora nummorum adhuc exstent; si tamen species ipsa nummorum eo adducta erit, ut non appareat, pecunia consumpta intelligetur. Id contingit, cum quis nummos acceptos ita alis

aliis miscuit, ut discerni non possint: usque adeo ut placeat eum, qui accepit, ea re dominum fieri. *L. si alieni, infr. de solut.* Non alia de caussa omnino, quam quod res exinde exstare desiit, et in ea caussa esse, ut posset a domino vindicari. Quo recepto non mirum, si vel una hac ratione possit pecunia hoc casu condici ei, qui accepit: cum constet dominio pecuniæ creditæ in accipientem translato confirmari mutuum. *d. L. indebiti, §. 1. infr. de cond. ind.* Interim duas res exigit superior definitio ad consumptionem: pecuniæ quasi interitum quendam: et accipientis usum seu factum quod ei interitui caussam præbuerit. Primum qui pecuniam accepit, sic illa utetur, ut eo facto corpora priora vel non exstent, vel discerni non possint, quandocunque tandem postea id contigerit. Id nisi fiat, pecunia consumpta dici non potest. Proinde si tibi pecuniam alienam mutuam dederim, tu autem acceptam alii vel donaveris, vel credideris, vel creditori tuo solveris: quandiu nummi apud possessorem secundum ita exstabunt, ut discerni possint: non videbuntur nummi a te consumpti, qui ita exstant, ut possint vindicari a vetere domino, et possessori illi auferri, ac per possessorem tibi. Quapropter tantisper nec eos nummos tibi condicam tanquam consumptos: condicturus tunc, cum secundus possessor aut conflaverit, aut miscuerit, aut aliter amiserit, ut jam ea pecunia tibi per illum auferri non possit. Sed non est satis pecuniæ speciem ita evanescere, ut amplius non appareat, ut dici possit ab accipiente consumpta. Desiderat etiam consumptio factum consumentis: est enim consumere non simpliciter rem amittere; sed facere, ut eam, vel jure discretionem amittas. Quapropter si quis pecuniam alienam quam mutuo acceperat, casu amiserit: non dicemus eum tanquam pecunia consumpta teneri, qui pecunia non est usus, nihil fecit denique, quo pecunia auferretur. Idque eo magis dicendum est, quod non potest intelligi pecunia ad eum pervenisse, qui ita amisit: neque enim videri potest rem habere sic, ut esset mansura, qui prius quam haberet, amisit *L. aliud est capere, infr. de ver. sig.* Et tamen nisi pecunia ita consumpta sit, ut videatur pervenisse ad eum qui accepit, conditio non nascitur, ut declaratur in *L. non omnis, §. si pupillus, infr. eod.* Nisi forte quis dicat non consumi quidem pecuniam sine alicujus facto; sed cujus facto consumatur, ejusne qui acccepit, an alterius cujuslibet, atque adeo casu, nihil referre. Quod non ita est. Ab accipiente consumi debere hi loci satis probant: *quod si sine dolo malo consumpsisti, condici tibi poterunt*, ait Ulpianus in extremo hujus §. et paulo post in L. nam etsi, *si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumpseris*: ut appareat, quod generaliter dicitur in pr. *d. L. nam etsi*, si fur nummos tibi credendi animo dederit, consumptis eis nasci conditionem, referri debere ad te qui accepisti, et ita intelligi debere, *consumptis eis ab accipiente.* Idemque faciendum est in *d. L. non omnis, §. si pupillus*: ubi scriptum est, pupillum *si sine tutoris auctoritate crediderit, consumpta pecunia condictionem habere*: *consumpta pecunia* intellige ab eo qui accepit: idque ita accipiendum esse, ratio subjecta evidenter ostendit; cum ait Julianus id fieri *non alia ratione, quam quod facto ejus intelligitur ad eum qui acceperit, pervenisse.* Jam dixi non posse intelligi ad eum pervenisse, si prius quam eam in suo jure haberet, alieno facto amisit, nec ipse usus est. Nec movere nos debet, quod Accursius dicit in *d. L. non omnis, §. si pupillus*, si hanc sententiam recipimus, fore, ut sit deterior conditio pupilli pecuniam suam dantis, quam ejus qui major pecuniam suam transtulit: de quo illic dicemus. Sane si pecunia ab alio ita consumpta sit, ut in rem accipientis verteretur, perinde habendum erit, ac si ab eo consumpta esset. *L. si furioso, seq.*

Ad L.



Ad L. Si a furioso 12.

Pomponius Lib. 6. ad Plautio.

Si a furioso, cum eum compotem mentis esse putares, pecuniam quasi mutuam acceperis, eaque in rem tuam versa fuerit: condictionem furioso acquiri Julia ait. Nam ex quibus caussis ignorantibus nobis actiones acquiruntur, ex iisdem etiam furioso acquiri. Item si is, qui servo crediderat, furere cœperit, deinde servus in rem domini id verterit: condici nomine furiosi posse. Et si alienam pecuniam credendi caussa quis dederit, deinde furere cœperit, et consumpta sit ea pecunia, condictionem furioso acquiri.

S U M M A R I A.

1. *Consumptionis effectus in mutuo.*
2. *Mutuo data pecunia nondum consumpta, quibus casibus condictio danti non acquiratur.*
3. *Furioso quibus ex caussis acquiratur condictio pecunia ab eo mutuo data, et quæ, quave ex caussa.*

Etsi condictio, quæ hic dicitur consumpta pecunia furioso acquiri, non per omnia ex mutui caussa acquiritur, ut illa, quæ pecunia consumpta acquiritur homini sanæ mentis, de qua supra proxime dictum est: tamen non eo minus pertinet hoc fragmentum ad superioris sententiæ confirmationem, ut non immerito ei sententiæ
1 subjiciatur. † Est enim locus de vi consumptionis pecuniæ, habetque hanc sententiam: quibuscunque in caussis mutuum danti condictio non acquiritur ante consumptionem, in his omnibus hanc vim esse consumptionis, ut consumptæ pecuniæ condictio acquiratur etiam furioso: unde intelligitur multo magis acquiri eam homini sanæ mentis, qui pecuniam crediderit, de
2 quo supra. † Fit autem, ut numeranti non acquiratur condictio ante consumptionem tribus in caussis hujusmodi: si furiosus crediderit; si homo sanus crediderit, sed servo alieno; si crediderit libero, sed pecuniam alienam. Nam furiosus citra controversiam negotium ab initio contrahere non potest. Sanus potest, sed servo alieno credendo non acquirit solidam actionem, nisi pecunia in rem domini versa sit, atque hoc modo consumpta, si modo nihil sit in peculio, aut non tantum, quantum numeratum est. §. *præterea*, *Inst. quod cum eo.* Libero autem pecuniam alienam credendo nemo prius actionem acquirit ex numeratione et mutuo, quam pecunia ad accipientem pervenerit: quod alia acquisitione remota non fit, nisi consumendo. Id Pomponius sentiens consulto harum caussarum enumeratione hoc loco usus, in singulis docuit consumpta pecunia condictionem acquiri furioso: idest in prima quidem specie ei, qui et ab initio furiosus fuit, et nunc est; in duabus autem posterioribus ei, qui ante consumptionem creditæ pecuniæ furiosus factus est: scilicet huc spectans, ut enumeratione specierum generalem sententiam esse probaret, quam dixi, primum de condictione per consumptionem pecuniæ furioso acquirenda, sic deinde in universum de vi consumptionis. † Quæret er- 3
go aliquis, qua ratione placeat his casibus tribus condictionem furioso acquiri, cum furiosus nullum negotium possit contrahere? *L. in negotiis*, *infr. de reg. jur.* Respondet Pomponius eo fieri, quia ex quibus caussis ignorantibus nobis actiones acquiruntur, ex iisdem acquirantur etiam furioso. Significat ex his caussis futurum esse, ut si creditor sit sanæ mentis, consumpta pecunia condictio ei acquiratur etiam ignoranti: quod quam verum sit, postea intelligetur. Si acquiritur alias ignoranti: consequens esse, ut ex eadem numeratione et post consumptionem acquiratur furioso. Recte: si quid enim jure ignorantibus tribuitur, id necesse est ex verbi significatione et ratione legis ad furiosos pertinere: nam et furiosus ex numero est ignorantium, cum nihil intelligat: nec caussa ulla est, cur uni ignoranti acquiratur, alii qui in eadem caussa sit, non acquiratur. Hinc regula superior pro jure certo usurpata et hic, et in *L. si a furioso*, *infr. de ob. et act.* §. *sui autem*, *Inst. de her. quæ ab int. def.*

def. Sed nondum dubitatio omnis sublata est. Constat enim ratio, cur creditori sano consumpta pecunia condictio acquiratur: quippe ex ea re mutuum cum illo contrahitur, ut supra ostendimus: id inter sanos consistere potuit. Unde et caussa obligationis in ea specie manifesta est: simul ex caussa, etiam quæ hic sit condictio, intelligitur. At cum furioso mutuum non potest contrahi: neque porro sine caussa ulla esse potest actio. Unde rursum mutuo sublato, caussa obligationis, et propter caussam genus quoque condictionis in dubium revocatur. Et in eo qui cum esset sanæ mentis, pecuniam credidit, deinde furere cœpit, facilior explicatio est. Etsi enim pecunia consumatur tunc, cum is jam furiosus factus est: tamen nihilominus recte cum eo confirmatur solidæ pecuniæ mutuum, quod illius consensu ab initio recte contractum erat. Contractum enim erat sub conditione, si aut servus pecuniam in rem domini verteret, aut liber debitor pecuniam alienam acceptam consumeret. Quandocunque implebitur hæc conditio, pariet obligationem mutui, etiam si ignorante creditore conditio exstiterit: *L. a Titio*, *infr. de ver. ob.* et quidem ita, ut videatur mutuum retro ab initio contractum, quasi eo tempore quo datum est, sine conditione datum esset. *L. potior*, *infr. qui pot. in pig. hab.* Atque id fieret citra controversiam tunc, cum eo qui sanus crediderat, in eodem statu manente quamvis ignorante, pecunia consumpta esset. Quod in sano creditore ignorante juris est, probandum est et in eo, quo furioso jam facto eadem conditio exstitit. Quapropter, ut bene hic de duabus caussis posterioribus scriptum est, si sanus crediderit servo alieno, deinde creditore furioso facto pecunia in rem domini versa sit: incipiet adversus dominum servi in solidum esse actio, quæ prius aut nulla erat, aut non nisi de peculio. *d. §. præterea*, *Inst. quod cum eo.* Et ne quis actionis caussam requirat, erit actio ex caussa mutui, quod ab initio inter creditorem sanum et servum contractum fuisse existimandum est: quo tempore constat potuisse consistere mutuum. Similiter si sanus crediderit pecuniam alienam, deinde furere cœperit: etiam hoc casu consumpta deinde pecunia condictio furioso acquiretur tanquam ex mutuo, quasi et id ab initio contractum fuerit: quo et ipse eo tempore recte contrahere potuit: unde et quæ sit hic condictio, sua sponte intelligitur. At in eo qui ab initio fuit furiosus, nihil hujusmodi dici potest. Non enim huic ex eo quod postea factum est, potest confirmari mutuum, quod ab initio cum illo nullum interpositum fuit, ne sub conditione quidem. Furiosus enim, ut dixi, nullum negotium contrahere potest. Quam ergo condictionem hic esse volumus? Et de eo ex caussa condictionis statuendum est. Nam cum condictio sit actio in personam: *§. appellamus*, *Instit. de act.* omnis autem actio in personam sit ex contractu, aut maleficio, quasi contractu, aut quasi maleficio: *§. 1. Inst. de act.* nisi hic unam aliquam ex his caussis posuerimus, nulla condictio esse poterit. Rursum aliqua posita, nihil negotii erit videre quae hic condictio competat: cum ex caussa pendeat species et nomen condictionis. Ac primum hoc constitui debet, non posse in proposito actionem ullam esse ex contractu. Jam enim dixi furiosum nullum negotium contrahere posse. *d. L. in negotiis*: quod non ad mutuum tantum, sed ad omnes contractus pertinet. Nam quod quidam dicunt, mutuum præcipue re contrahi, nihil ad rem pertinet. Sic enim re contrahitur, ut constet etiam duorum consensu. *L. 1. §. 1. sup. de pact.* Quod adjiciunt, secutam consumptionem vim consensus habere, aperte falsum est. Neque enim accipientis consumptio unquam effecerit, quin furiosus sit furiosus: nullus autem consensus in furioso. *L. furiosi*, *infr. de reg. jur.* Num ergo erit actio ex maleficio? Posset hic esse maleficium, si is cui pecuniam accipiebat, sciret eum qui dabat, furiosum esse: aut postea admonitus furiosum esse, pecuniam retineret. Sic enim furtum faceret is, qui pecuniam alienam fraudulenter, puta ignorante domino sciens contrectaret. *L. 1. §. 1. infr. de fur.* unde et nasceretur condictio furtiva. Nunc autem consulto hic proponitur is pecuniam accepisse, qui furiosum compotem mentis esse putaret: qua adjectione et furtum accipientis, et condictio furtiva aperte excluditur. Neque porro ullum hic quasi maleficium; aut ullus quasi contractus facile occurrit ex iis, quæ in his generibus recensentur sub *tit. Instit. de oblig. quæ ex qua. con. et tit. Inst. de obl. quæ ex qua. mal.* Dixerit aliquis hic satis esse caussae ad accipientem obligandum, quod pecunia consumpta ad eum pervenit sine caussa. Certe quoties pecunia alterius apud alterum sine caussa deprehenditur, ex æquo et bono eam condici posse constat. *L. pen. infr. de cond. ind.* et si aliæ condictiones deficiunt, est condictio sine caussa. *L. 1. infr. de con. si cau.* Si haec ex contractu non nascitur; at

at certe nascitur ex quasi contractu: utra autem caussa sit, nihil magnopere ad rem pertinet, dum sit aliqua: nam unam aliquam quærimus. Qua ratione non omnino abs re vulgo hanc condictionem in hac specie admiserunt. Pecunia enim mutui caussa accepta est, quam caussam hic nullam esse certum est: quod cum accidit, ibi maxime huic condictioni locum esse constat *L. ult. infr. de cond. si cau.* Ego autem puto condictionem sine caussa ex contractu esse, seu ex eo quod inter dantem et accipientem tacite agitur: quod cum in furiosum non cadat, ideo non magis in hac specie huic condictioni locum esse posse, quam condictioni certi ex caussa mutui. Quæ indebiti condictionis caussa est, eadem est et condictionis sine caussa: nam et indebitum sine caussa datur, atque ob hanc caussam etiam revocatur. *L. pen. infr. de cond. ind.* At qui indebitum solvit, ideo indebiti condictionem habet, quia hoc ipso quod solvit, aliquid negotii cum accipiente contrahit: ita enim dat tanquam debitum, ut si debitum non sit, datum nolit, itaque tacite id agat, ut reddatur, ac nisi id negotii contrahatur, nulla sit condictio. *L. si in area, infr. de cond. ind.* Quare et in cæteris quæ dantur ob caussam, quæ caussa nulla est, idest, quæ dantur sine caussa, idem negotium contrahi intelligendum est, ac nisi contrahatur, nulla inde obligatio fuerit. *L. non omnis, infr. eod.* Quænam igitur caussa obligationis et condictionis in specie proposita relinquitur? Non alia occurrit, quam negotiorum a furioso gestorum. Hæc vero quin intervenerit, non dubito. Furiosus enim pecuniam accipienti tradendo fecit, ut ille acceptam deinde in rem suam verteret. Post quam consumptionem apparet furiosum impendisse quid in rem accipientis, idque utiliter: in quo accipientis negotium utiliter gestum est: unde et negotiorum gestorum actio. *L. 2. supr. de neg. gest.* Nec quisquam dicat furiosum non fuisse hoc animo, ut accipientis negotium gereret: negotiorum enim gestorum actio acquiritur omnibus, qui negotium alienum re ipsa gesserunt, etiam si se gerere ignoraverint. *L. ult. supr. de neg. gest.* Quae res facit, ut in hac caussa quomodo actio acquireretur sano ignoranti sic et acquiratur furioso. Non obstat, quod in §. *furiosus, Inst. de inut. stip.* dicitur furiosum nullum negotium gerere posse: hic enim gerere pro contrahere positum est, ut indicat regula juris in *L. in negotiis, infr. de reg. jur.* quæ ita concepta est, ut neget furiosum ullum negotium non gerere, sed contrahere posse: et cum furiosum a pupillo in hac re distinguit, non in negotiis gerendis distinguit, sed nominatim in contrahendis. Quæ si vera sunt: jam potest de genere condictionis intelligi. Nempe condictionem certi hic intelligere debemus, de qua in *L. certi, supr. eod.* et eam ex caussa negotiorum gestorum, uti certum est hanc condictionem quemadmodum, ex aliis caussis omnibus, ex quibus certum petitur: ita etiam ex negotio gesto competere. *L. in duobus, §. exceptio, inf. de jurei.*



Ad L. Nam et si. 13.

Ulpianus Lib. 26. ad Edictum.

Nam et si fur nummos credendi animo dedit, accipientis non facit: sed consumptis eis, nascitur condictio. Unde Papinianus libro octavo Quæstionum ait. Si alienos nummos tibi mutuo dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumpseris. Quod si per partes eos consumpseris, an partes tibi condicam, quærit? et ait condicturum, si admonitus alienos nummos fuisse, ideo per partes condico, quia nondum totos consumptos compereram.

Exposui ad L. rogasti. §. ult. supr.

Ad §. Si servus communis.

Si servus communis decem crediderit: puto, sive administratio servo concessa est, sive non, et consumantur nummi, quintum competere actionem. Nam et si communes tibi nummos credidero centum: posse me quinquaginta condicere, libro octavo Quæstionum Papinianus scribit: etiam si singula corpora communia fuerint.

S U M M A R I A.

1. *Communi pecunia duorum mutuo a servo data, dominis pro numero nummorum condictionem acquiri, non divisione corporum,*

SErvus unius domini, si pecuniam domini mutuam det, ejus condictionem domino acquirit: si quidem voluntate domini dederit, statim; sin contra voluntatem, tunc cum nummi consumpti fuerint. *L. rogasti*, §. *ult. supr.* Eadem ratione evenire necesse est in servo duorum dominorum, ut si is pecuniam dominorum communem mutuam det, iisdem conditionibus condictionem acquirat non uni domino, quandoquidem duos habet, et eorum pecuniam dedit, sed utrique pro portione: de quo hoc loco. Quod solum si hic statueretur, nihil erat, quod de eo quidquam nominatim moneret Ulpianus, cum ex superioribus res esset expedita. Sed progreditur quæstio longius, idque est, quod præcipue hoc loco agitur. Inde enim quæsitum est in hac divisione condictionis, pro qua parte hujus pecuniæ condictio dominis acquiratur: utrum pro parte indivisa singulorum corporum, an vero pro iis partibus, quae fiunt numero. Et ait Ulpianus, si decem, exempli gratia, a servo communi data sint, *quinum*, idest, quinorum nummorum singulis dominis *competere actionem*: significans hos nummos inter dominos dividi non corporibus, sed numero: idest, ita, non ut singuli habeant partem indivisam in singulis ex decem, sed ut decem numero in quina, seu in bis quinque divisis uni domino cedant solida quinque, alteri altera quinque, atque hoc modo singulis pro his partibus condictio acquiratur. *Nam etsi*, inquit, *unus ex dominis ipsis nummos communes crediderit centum*, *potest auctore Papiniano quinquaginta condicere.* His exemplis confirmatur ea sententia, quae clarius aliis locis generaliter tradita est: cum pecunia, itemque res cæteræ, quae pondere, numero, mensurave constant, inter aliquos dividi debent, divisionem inter eos fieri numero, non ita ut partes singulorum corporum cuique debeantur. *L. in stipulationibus*, *infr. de verb. obl. L. cum Stichus*, *infr. de sol.* Addit Ulpianus, *etiam si singula corpora communia fuerint.* Quibus verbis declarat scire se singula corpora nummorum tunc cum data sunt, communia fuisse, et hoc aliquid dubitationis adversus superiorem sententiam adferre posse: se tamen quominus in ea sententia cum Papiniano maneat, ex objectione non moneri. Sed cur non movetur? nam si sin-

gu-

guli socii singulorum corporum domini fuerunt, etiam singulorum corporum partem mutuo dedisse intelliguntur: quamobrem et ejus partis condictionem esse oportuit. Dicendum est haec vere dici, si divisionem naturalem hic sequamur. Sed jure civili ea divisio recepta est, quam dixi, ut pecunia inter plures socios pro numero nummorum dividatur propter utilitatem et commoditatem. *d. L. cum Stichus, infr. de sol.* Utilitas et commoditas in eo est: quod cum in hac divisione non est periculum, ne creditor plus accipiat, aut debitor plus solvat: tum vero facilius est debitori quinquaginta expedire, quae det uni ex creditoribus, quam dare solida centum, quantumvis danti cum accipiente futura sint communia: et creditori facilius tractare quinquaginta sua; quam centum pro parte indivisa.

Ad L. si filiusfamilias 14.

Idem lib. 29. ad Edictum.

Si filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuatus pecuniam solverit: patri nummos vendicanti nulla exceptio objicietur. Sed si consumpti sunt nummi a creditore: Marcellus ait cessare condictionem: quoniam toties condictio datur, quoties ex ea caussa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset: in proposito autem non esse. Denique per errorem soluti contra Senatusconsultum, crediti magis est cessare repetitionem.

S U M M A R I A.

1. *Consumptionis effectus: et num. 6.*
2. *Solutæ a filiofamilias pecuniæ quæ illi mutuo data erat, nec vindicatio illi, nec condictio competit.*
3. *Nummos a filiofam. solutos quos pater possit vindicare.*
4. *Adventicii etiam peculii nummos esse patris.*
5. *Peculii administratione libera concessa, non ideo filium posse de peculio solvere, quod mutui nomine debuerit.*
7. *Pecuniæ a filiofam. solutæ et translatæ condictionem patri non dari: et cur.*
8. *Pecuniæ a filiofam. solutæ quæ patris esset, deinde post bona fide consumptæ patri condictionem non dari, quomodo accipiendum.*

1 EXplicatur hoc loco, quod de pecunia numerata, et apud accipientem consumpta proxime dictum est: ut scilicet quod traditum est, pecunia consumpta esse condictionem, intelligatur locum habere in mutuo, de quo illic actum est, et generaliter in iis caussis in quibus si pecuniae dominium in accipientem translatum esset, statim nasceretur condictio: contra vero, quibus in caussis si dominium translatum esset, condictio non nasceretur, in his nec pecunia consumpta nasci condictionem. Quod huc pertinet in summa, ut declaretur in condictione acquirenda consumptionem pecuniae vim translationis habere, nihil amplius, ita fieri, ut ubi pecuniae translatio condictionem det, illic det et consumptio: ubi autem dominio translato nulla condictio sit, ibi nec condictio sit ex consumptione. Id autem demonstratur hoc loco in hac specie. Senatusconsultum Macedonianum filiofamilias certis conditionibus mutuam pecuniam dari vetat: certe si data sit, vetat eo nomine dari actionem. *L. 1. infr. de Sen. Mac.* Contra hoc Senatusconsultum filiusfamilias mutuam pecuniam acceperat. Is cum senatusconsulti exceptione tutus teneretur: tamen bonam fidem agnoscere volens pecuniam ultro solvit. Quæsitum est, an ejus pecuniæ exstantis vindicatio patri danda sit, consumptæ condictio. † Consulto de parte tantum hic quæritur, non etiam de filio: quia hoc ratum esse debet, filio in proposito pecuniæ ab illo ita solutæ neque vindicationem esse posse, neque condictionem. Non datur ei vindicatio: quia hæc tantum domino competit. *L. in rem, supr. de rei vind. L. actionum, infr. de obl. et act.* Filius autem familias quæcunque pecunia ab eo soluta sit, ejus solutæ dominus esse non potest. Nam si pecuniam castrensis peculii solvit, idest, suam, hoc ipso dominium transtulit, quia voluit: quo facto simul et dominus esse desiit. *§. per traditionem, Inst. de rer. divis. L. si procurator meus, infr. de acq. rer.* 2

rer. dom. Sin pecuniam dedit profecticii peculii, aut adventicii: non potest nunc ejus dominus esse, qui ante non fuit: nam ante dominus non fuit, ut paulo post amplius dicetur. Vindicatio ergo pecuniæ, ut dixi, filiofamilias non datur. Multo vero minus datur condictio: non enim ita solvit, ut repeteret; quin potius ita, ne repeteret: solvit enim non errans, aut coactus, sed sciens et sua sponte: Nunquam autem numeratio obligat eum qui accepit, nisi cum id ipsum agitur, ut confestim obligetur. *L. non omnis, infr. eod.* Sed et natura debitum solvit: hujus debiti soluti nulla est condictio, quamvis is qui solvit, exceptionem perpetuam habuerit. *L. si pœnæ, L. qui exceptionem, infr. de con. ind.* Quare recte solum de patre hic quæritur. De quo hoc in summa responsum est Ulpiani: exstantium quidem nummorum qui a filiofamilias soluti sunt, patri vindicationem dari posse: consumptorum autem, si quidem bona fide consumpti sint a creditore, ut vindicationem, sic condictionem
3 omnino non esse. † *Patri*, inquit, *nummos vindicanti nulla exceptio objicietur.* Si hoc dicit, patrem nummos a filio solutos omnimodo vindicare posse ita, ut nulla possit exceptio vindicanti opponi (quæ prima fronte horum verborum sententia esse videtur) sententia multis modis falsa est. Quid enim, si filius solverit pecuniam alienam? hanc pater qui dominus non fuit, vindicare non potest. *L. in rem, supr. de rei vind.* Quid, si pecunia fuit peculiaris, sed castrensis peculii, aut quasi castrensis? Hæc filii propria fuit, non patris, ut si a filio in aliquem translata sit, non possit a patre, neque hac neque alia actione revocari. §. 1. *Inst. quib. non est per. fac. test. L. 1. §. nec castrense, infr. de coll. bo.* Illud quidem absurdum est patrem ejus pecuniæ dominum videri post ejus alienationem, si ante quam alienaretur, dominus non fuit. Quid, si non sit pecunia castrensis peculii, sed adventicia, donata tamen filiofamilias ea conditione, ut eam creditori solvat, et solverit? Placet videri eam quasi a donatore profectam fieri accipientis, ut pater vindicare vel repetere non possit. *L. sed etsi, §. 1. infr. de sen. Mac.* Quid ergo est? Et verba superiora diligenter expendenda sunt. Non dicit Ulpianus patrem nummos vindicare posse; *sed patri vindicanti nullam exceptionem objici.* His verbis, *patri nummos vindicanti*, exprimitur conditio, si pater nummos vindicet: nempe jure vindicet, ut suos, ut verbum cum effectu accipiatur. *L. pen.* §. 1. *supr. si quis eum qui in jus vo. est.* Itaque hoc dicere intelligitur, si pater vindicet nummos, qui ejus ante fuerunt, non ideo eum exceptione summoveri posse, quia filius eos creditori suo solverit: ut definitio sit non de vindicatione, sed de exceptione vindicanti non opponenda, quæ ex facto filii nasci videbatur: de quo mox. Convenit autem inter omnes conditionem non ponere aut affirmare id, quod est in conditione. *L. si quis sub conditione, infr. si quis omis. cau. test.* Quapropter hæc conditio, *si pater nummos suos vindicet*, non statuit nummos a filio solutos semper futuros patris, ut eos pater jure pro suis possit vindicare; sed significat, si aliquando ejus erunt, ut tanquam suos vindicet, tum fore, *ut vindicanti nulla exceptio objiciatur.* Ita nihil amplius hæc conditio tribuit patri in vindicando, quam quod ei per jus licet facere. In quo si quæritur quid ei liceat: dicendum est patrem nummos a filio solutos vindicare posse eos tantum, qui fuerunt patris, cum solverentur.
† In hoc numero esse omnes cum ejus proprios, tum filii peculiares qui profecticii peculii aut adventicii fuerunt. Nam profecticium peculium omni jure est patris. §. 1. *Inst. per quas per. no. acq.* De adventicia pecunia dubitari potest propter constitutiones, quibus adventiciorum bonorum ususfructus tantum patri tribuitur. *d.* §. 1. *L. cum oportet, C. de bon. quæ lib.* Sed ut jam supra dixi ad *L.* 2. §. *creditum, eod.* proprium hoc est pecuniæ, vini, olei, et similium rerum, quæ usu consumuntur, ut cum earum ususfructus constitutus est, propter usumfructum etiam proprietas earum rerum in fructuarium transferatur: quia sine proprietate fructuarius eas res suo jure consumere, idest, his uti et frui non posset. *L. si vini, supr. de us. ear. rer. quæ us. cons.* Quæ res facit, ut usufructu bonorum adventiciorum jure patri tributo, etiam superiorum rerum proprietas eodem jure patri data intelligatur. Solum ex adventiciis nummis excipiemus eos, qui ita donati sunt filio, ut eos creditori solveret. Nam hi soluti fiunt creditoris, ut supra diximus, quasi a donatore ipso ad creditorem profecti. *L. sed etsi, §. 1. de Sen. Mac.* Et certe non proprie hi nummi dici possunt esse quæsiti, ut sint in peculio filii: cum ita dati sint, ne apud filium maneant. *L. aliud est capere, infr. de ver. sig.* Cetera quæ filius solvit, aut plane aliena sunt, aut sunt peculii castrensis, vel quasi castrensis: quorum nihil est patris, eoque nec potest ab illo vindicari: nam et pecu-

culium castrense, et quasi castrense proprium est, ut dixi, filiorum familias. §. 1. *Inst. per quas pers. no. acq.* Quæ ad jus et dominium nummorum pertinentia quia in jure vetere olim certa erant: ideo Ulpianus quorum nummorum vindicatio patri competeret, hic prætermisit. Tantum attigit in ea vindicatione, quod de exceptione videbatur posse dubitari, num qua scilicet exceptio quandoque patri nummos suos vindicanti posset objici ex facto filii. Diceret enim aliquis, cum filius pecuniam mutuatus, quam natura debeat, ultro nummos peculiares solverit, et bonam fidem in eo sit secutus: iniquum esse eos creditori auferri, qui suum receperit: proinde et patri eos quandoque vindicanti doli mali exceptionem opponi posse. Sed hoc explicatu facilius est, si nihil de alienatione peculii filiofamilias a patre concessum erit. Dicetur enim creditori nihil dolo facere patrem, qui suum vindicando suo jure utitur. *L. nullus videtur, infr. de reg. jur.* Nam quod filius eos nummos solvit, factum filii esse, quod patri nocere non potuit. *L. filius, C. de pact. L. solvendo, supr. de neg. gest.* Illud magis dubium. Quid enim, si pater concesserit filio liberam peculii administrationem, et filius peculiares nummos solverit? an non saltem hoc casu filium recte ut ex voluntate patris solvisse dicemus: ut si pater contra quam voluit, pecuniam repetat, merito doli mali exceptio illi objiciatur?

5 † Ulpianus his verbis, *nulla exceptio objicietur*, indicare voluit, ne hanc quidem concessionem administrationis obstare posse patri, quominus pecuniam a filio solutam vindicet. Et recte: hac enim concessione non continetur alienatio donationis caussa facta. *L. 2. infr. de don. L. 3. in pr.* illic, *ut puta*, infr. de sen. Mac. Cum autem filiusfamilias pecuniam sibi contra senatusconsultum creditam solvit, intelligitur donare. Non enim cogebatur solvere tutus exceptione senatusconsulti. Donari autem intelligitur, quod nullo jure congente conceditur. *L. donari, infr. de reg. jur.* Hæc de vindicatione exstantium nummorum. De consumptorum condictione videamus. Ait Ulpianus de Marcelli sententia, *si fuerint consumpti a creditore nummi, cessare condictionem.* Prius de vindicatione ostenderat, hanc cessare in persona filii. Nunc de condictione scribit infinite, *hanc cessare*, ut intelligeremus in totum cessare, idest, non tantum in persona filii, qui consulto ita solvit, ne unquam repeteret; sed etiam in persona patris, de quo præcipue quæritur, quamvis nihil ille fecerit, quominus repeteret. Hic occurrebat ex adverso exemplum ejus pecuniæ, quæ a servo mutua data est: hæc in ea caussa est, ut quemadmodum exstantis vindicatio domino datur, ita et consumptæ detur condictio: quam sententiam prius legimus in *L. rogasti, §. ult. et L. nam etsi, supr. eod.* Cur non igitur idem statuamus et in ea pecunia, quæ a servo, aut filiofamilias soluta est: ut quoniam exstantis vindicationem patri dominove competere placet, similiter etiam et consumptæ condictionem acquiri admittamus? Nos, opinor, commodissime et brevissime ita responderemus: aliam caussam esse pecuniæ a filiofam. aut servo mutuo datæ, aliam solutæ. Mutuo datæ et consumptæ condictionem patri dominove acquiri, quia ea lege data est, ut redderetur, et ex ea numeratione nasceretur obligatio: quæ conventio consumptione, tanquam translatione quadam dominii confirmatur. Mutata ratione evenire, ne solutæ et consumptæ condictio patri aut domino acquiratur: quippe non eo animo pecuniam solvi, ut inde obligatio nascatur, sed potius contra, ut pecunia perpetuo apud creditorem maneat. Neque vero contra conventionem obligatio ex numeratione nasci potest. *L. non omnis, infr. eod.* Ita conventio et propositum eorum, inter quos res agitur, has numerationes aperte distinguit. Sed visum est Marcello alia ratione objectionem diluere, ut velit quidem et ipse aliam caussam esse pecuniæ mutuo, et similibus ex caussis datæ, aliam solutæ:

6 † sed dissimilitudinem statuat in eo, quod in mutuo, et similibus caussis si pecuniæ dominium statim transferatur, confestim quoque nascatur condictio: in pecunia autem soluta nequaquam. Sic autem definit: *quoniam toties condictio* (intellige nummorum consumptorum, de quibus est sermo) horum, inquam, consumptorum *toties condictio datur, quoties ex ea caussa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset.* Exempli gratia: in mutuo si statim pecuniæ dominium ad accipientem transeat, statim is quoque obligatur, teneturque danti certi condictione. *Inst. quib. mo. re cont. ob. in pr.* In hac caussa recte dicetur, etsi ab initio pecunia ad accipientem non transierit: si tamen ab eo consumatur postea, condictionem acquiri vel danti, vel ei cujus sit in potestate. At quamobrem? non propter conventionem; sed propter potestatem consumptionis, quæ translationis vim obtinet: ut consequens sit quæ translatis nummis condictio est, eandem

dem et his consumptis tanquam translatis esse debere. Hoc autem sentit Marcellus, toties solum condictionem nummorum consumptorum dari, quoties ex ea caussa, quam diximus, numerati sunt, non aliter. Unde ita assumit. *At in proposito, non esset.* Hoc dicit: at in proposito, cum pecunia a filiofamilias soluta est, si dominium ad accipientem transisset, non esset actio ex ea solutione. Ex quo intelligi vult, nec si nummi postea consumpti sint, qui translati ab initio non erant, condictionem futuram ex consumptione. Et recte hoc quoque statuit ex eadem vi consumptionis. Ut enim plurimum consumptioni tribuamus; tamen hoc summum est, quod pro dominii translatione habetur. *L. non omnis*, §. *si pupillus*, *infr. eod.* Est autem absurdum consumptionem, quæ similitudinem tantum translationis habet, plus posse, quam veram translationem. Quare recte colligitur, si quibus in caussis naturalis pecuniæ translatio condictionem non parit, in his consumptionem
7 multo minus parituram. † Quod ait, in proposito actionem non esse, si pecuniæ a filiofamilias solutae dominium statim ad accipientem transiret, certissimum est. Quid enim, si nummos solverit voluntate patris? non solum hic videbitur ipse pater nummos dedisse: sed etiam mutuum comprobasse, quo casu cessat senatusconsultum. *L. si tantum*, *L. si filiusfa. infr. de sen. Mac.* Idem est, etsi filius nummos castrensis aut quasi castrensis peculii solverit, nempe suos. *L. 1. in fin. et L. 2. infr. eod.* Idem, si solverit pecuniam sibi donatam ea conditione, ut eam creditori solveret. *d. L. sed etsi*, §. 1. *infr. eod.* Sed tamen quo certius sit dominio pecuniæ solutæ statim translato, pecuniæ condictionem non dari, omissis omnibus aliis argumentis hoc ut certissimo utitur. *Denique*, inquit, *per errorem soluti contra senatusconsulto crediti magis est cessare repetitionem.* Argumentum est efficax ex comparatione majorum. Facilius enim pecuniæ per errorem solutæ repetitio detur, quam consulto solutæ. Imo illic condictio prodita est: hic cessat repetitio. *L. 1. infr. de cond. ind.* Proinde majus et difficilius pecuniæ per errorem solutæ condictionem denegari. Atqui si filiusfamilias pecuniam contra senatusconsultum mutuatus per errorem solvat, dum putat se teneri: sive in jure erret, sive in facto, ejus pecuniæ repetitionem non habet, quia natura debuit. *L. sed etsi*, *in fi. et L. seq. infr. de sen. Mac. L. qui exceptionem*, *infr. de cond. ind.* Multo ergo minus pecuniæ condictionem habebit, si consulto solverit. Notandum autem, quod dicitur soluti contra senatusconsultum crediti cessare repetitionem. Recte *soluti*, ut intelligamus ejus crediti solutionem ei qui mutuum accepit nocere. Diversum est, si is paterfamilias factus id creditum promittendo solum caverit: nam si per errorem facti promiserit, cautio ei non nocebit, quin si ex ea petatur, defendatur in factum exceptione. *L. ult. infr. de sen. Mac.* Et hactenus Marcelli ratio, et rationis confirmatio intellecta est. † Sed videamus, ne sententia ipsa falsa 8
sit, cum ait, sine exceptione nummis consumptis in proposito cessare condictionem: et ad id probandum æque ratio ejus infirma. Esto enim, ne sit condictio indebiti, aut alia quæ adversus bonæ fidei possessorem detur. At certe poterit interdum esse condictio furtiva. Quid enim, si creditor scivit nummos qui a filio solvebantur, esse peculiares: proinde hujusmodi, qui essent in dominio patris? Hic condictione furtiva sine dubio tenebitur: ut qui alienos nummos sciens contrectet, et contrectando furtum faciat. *L. 1. §. 1. infr. de fur. L. 3. C. dep.* Cumque hæc condictio domino competat, *L. 1. infr. de cond. fur.* necesse est eam in proposito dari patri, qui nummorum dominus fuerit. Nec minus nummis furtivis consumptis, quam exstantibus dabitur, ut est jus hujus condictionis. *L. in re furtiva*, *L. ultim. infr. de cond. fur.* Ad hanc porro condictionem removendam plus quam ineptum sic dicere, ideo eam non competere alienis nummis consumptis, quia si dominium eorum ab initio translatum esset, non competeret: cum nunquam neque exstantibus neque consumptis nummis aliter competat, quam si dominium in accipientem non sit translatum. Et non dubium est, quin in proposito falsum sit consumptis nummis cessare condictionem, si id dictum sit de omni condictione, vel potius de omnibus creditoribus, non solum qui filium pecuniæ transferendæ jus habere existiment, sed etiam qui sciant non habere. Sed ex conditione adjecta apparet, de qua condictione Marcellus sentiat; et per condictionem de quibus creditoribus. Cum enim ait *cessare condictionem*, *si fuerint consumpti nummi*; perspicuum est sentire eum de ea condictione, quæ hac ipsa conditione competat, *si nummi consumpti fuerint*, seu quæ consumptis nummis nascatur, cum prius non competeret. De hac si quæritur, verissime dicetur omnem eam in proposito cessare, quæ ex consumptione nascatur: habetque id manifestam rationem, quam supra dixi: quia cum de vi consumptionis

ptionis agitur, absurdum sit ad condictionem pariendam plus posse consumptionem, quæ imaginaria quædam translatio est, quam veram translationem. At hoc ad condictionem furtivam non pertinet. Hæc enim non nascitur nummis consumptis, sed exstantibus, dum scilicet contrectantur exstantes adhuc: ex quo cum semel nasci cœperit, tum deinde etiam consumptis nummis perseverat. Quinimo quamvis consumptis nummis, jure tamen non videtur condictio furtiva competere, nisi exstantibus: quoniam his consumptis ideo tenetur fur, quia perinde nummi habentur, quasi exstarent, propter moram, quam fur perpetuo facere intelligitur: *L. in re*, §. 1. *L. ult. infr. de condict. fur.* cujus vis est ea, ut res post moram exstincta semper exstare intelligatur. *L. nemo rem*, §. 1. *infr. de ver. ob.* Ex quo intelligimus de condictione furtiva Marcellum non sentire, sed eam removere verbis: proinde nec agere de eo creditore, qui scierit nummos alienos a filiofam. solvi: sed de eo, qui bona fide pecuniam acceperit, et consumpserit: sive quod solventem filiumfamilias esse ignoraret: sive quod dum sciret esse filiumfamilias, tamen persuasus esset solutam pecuniam esse castrensis peculii: aut eam quæ filiofamilias donata esset ea lege, ut creditori solveret. Quibus casibus pecuniam recte solvi et in accipientem transferri supra ostendimus. Et in summa ex hac conditione si nummi consumpti fuerint, manifestum est Marcellum et Ulpianum agere de ea solutione nummorum, quae omnia alia habens ad defensionem creditoris, nihil patri relinquat ad condictionem soluti, praeter unicam nummorum consumptionem: quod non cadit nisi in eam quae creditoris bonam fidem in accpiendo et consumendo habeat. Quod si ita est, intelligere possumus nihil huic loco adversari *L. sed etsi*, §. 1. *infr. de Sen. Mac.* Quod enim illic ita scriptum est: *si pecunia filiofamilias simpliciter donata sit, alienationem nummorum filium non habere: et ideo si solverit, condictionem patri ex omni eventu competere*: significat quidem patri eam competere, non tantum si nummi exstent, sed etiam si consumpti sint. Sed agitur eo loco de ea pecunia, quam constet a filiofamilias solutam, et ei donatam fuisse *simpliciter*, non ea lege, ut eam creditori solveret. Idque intelligitur ex eo, quod non dubitatur, an creditor tutus sit propter bonam fidem; sed an ob id solum, quod pecunia, quæ soluta est, donata fuerit filiofamilias ab extraneo, non autem a patre profecta: quasi ideo videatur cessare debere repetitio, quia ejus pecuniæ solutio patri non noceat, ut cui eo facto nihil absit. Et placet nihil prodesse creditori, quod pecunia donata sit filio: quia etsi quaesita est ex caussa donationis; quaesita est tamen, et quaesita patri: ut proinde filius ejus deinceps alienationem non habuerit. Sed et illic de eo creditore agi, qui pecuniam ita simpliciter donatam non ignoret, ut diximus, multo certius ex eo intelligitur, quod Ulpianus sine haesitatione ait, *si filius eam pecuniam solverit, condictionem patri ex omni eventu competere.* Ut enim his verbis non dubitatur, quin dicat patri condictionem competere ex hoc eventu, si nummi consumpti sint: ita nec illud dubitandum est quin in alterum quoque eventum condictionem competere dicat, etsi nummi adhuc non sint consumpti, sed exstent: ut sit sensus, condictionem patri competere ex consumptis nummis, et exstantibus. Constat autem patri eidemque domino condictionem exstantium nummorum nullam dari, nisi furtivam: id enim est, quod dicitur, neminem rem suam condicere præterquam a fure. §. *sic itaque*, *Inst. de act. L. ult. supr. usuf. quem. cav.*



Ad L. Singularia. 15.

Idem Lib. 31. Digest.

Singularia quædam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quanvis nummos meos non acceperis. Quod dicitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est: ut cum ex caussa mandati pecunia mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta.

S U M M A R I A.

1. *Mutuum quibus in caussis benigne contrahatur.*
2. *Scopus et sententia Ulpiani in hac* L.
3. *Capita summa de quibus hic quæratur.*
4. Recepta, *non* præcepta *hic legendum, ut in* Florent.
5. *Singularia quæ in mutuo, et quibus in caussis recepta.*
6. *Speciale nihil in specie* L. certi §. si nummos, *hic.*
7. *Singulare nihil in mutuo consumptione confirmato.*
8. L. si pro mutua, C. eod. *exposita.*
9. *Singulare nihil in pecunia, quam tutor sibi creditum scribendo, sibi mutuam facit.*
10. *Singulare nihil in eo, quod pecunia mutuo data et in stipulatum deducta ex stipulatione debetur.*
11. *Singulare non est, quod ex mutua pecunia non debentur usuræ citra stipulationem.*
12. *Singularia in mutuo recepta cur recepta.*
13. *Singularia recipi circa pecuniam creditam, quomodo accipiendum, et crediti verbo mutuam intelligi debere.*
14. *Singularia in mutuo recepta recte dici, etiam quæ in aliis rebus et caussis recepta sunt.*
15. *Singulare receptum in mutuo non significat speciale et proprium.*
16. *Mutuum contrahi, cum jussi debitorem meum pecuniam tibi dare, ut eam ex mutui caussa mihi debeas: et cur.*
17. *Celeritate actionum conjugendarum unam actionem occultari, quid sit in* L. 3. §. ult. D. de donat. int. vir. et uxo.
18. *Brevis manus.*
19. *Debitore meo pecuniam tibi dante jussu meo, mutuum inter nos contrahi, si convenit, ut esset mutua.*
20. *Item si mihi ab illo dari pecunia potuit, et a me ad te proficisci: et hoc quibus rebus contineatur.*
21. *Item si pecunia tibi a meo debitore data sit.*
22. L. qui negotia mand. *quam multis nominibus videri possit contraria huic L. et difficultas conciliationis.*
23. L. qui negotia mand. *species et sententia.*
24. *Epistola.*
25. *Apud se esse, idest, domi.*
26. L. singularia, in fi. *species, qua in re discrepet a specie* L. qui negotia, *et quam cum illa non pugnet, deque Ulpiani sententia.*
27. *Retinendi verbum.*
28. *Fingi factum, ubi fieri potuit.*
29. *Mutuam pecuniam recte dici tunc fieri, cum convenit cum præsente debitore, ut eam crediti nomine retineret, nec refragari Africanum.*
30. *Benigne receptum quid sit in* L. qui negotia.
31. *Conciliationis utriusque loci summa.*
32. L. si pro mutua, C. si cer. pet. *explicatur.*
33. L. si ex pretio, C. si cer. pet. *sententia.*
34. *Mutuam pecuniam fieri de qua convenit, ut debitor eam retineret, etsi pecunia in conspectu creditoris non fuerit, et quatenus ut dari possit, exigamus.*
35. *Ex vetere caussa debitorem liberari, qui ex mutui caussa eandem pecuniam debere incipit, et quo jure liberetur.*

QUod exigitur in mutuo, ut de meo tuum fiat, *L. 2 §. appellata, sup. eod.* id efficit, ut sive pecunia omnino nulla tibi data fuerit, idest, ita aliunde tradita, ut tua fieret: sive data quidem, sed non a me profecta; idest, non ita data, ut tua fieret de meo: eam tu tanquam mutuam, seu mutui nomine mihi debere non possis. Sane si quis suam mutuam dedit alii tanquam meam, seu meo nomine, ut et mea fieret, et tanquam mutua mihi deberetur: perinde habetur, quasi ego dedissem, sive ego mandavi, ut ille daret, sive cum me absente dedisset, ego ratum habui. Ideo utroque casu condictionem ejus pecuniæ mihi acquiri placet. *L. certi, §. si nummos, supr. eod.* Quæ condictio cum secundum regulas mutui acquiratur, utpote de pecunia quæ voluntate domini mea facta sit, et a me per illum tradita,

ta, ut suo loco ostendi: fatendum est eam jure communi, non singulari acquiri. Tunc ergo a me non profectam accipiemus, cum neque ego dedi, neque alius meo nomine. Quod si fit, pecunia, ut dixi, secundum legem supra scriptam tibi mutua non efficietur, ut mihi eam crediti nomine debeas: multoque minus, si omnino nulla pecunia tibi ab ullo data sit. Et hoc subtilitas juris exigit: sed non est perpetuum.
1 † Jure enim singulari benigne quibusdam in caussis receptum est, ut quamvis neque ego pecuniam vere tibi dederim, neque alius meo nomine; tamen efficiatur mutua, et mihi eo nomine obligeris, si convenerit inter nos, ut tu eam tanquam a me tibi creditam mihi deberes: non id quidem, quia in his plane mutetur superior regula mutui, ut possit esse mutuum, ubi a me creditore pecunia profecta non sit, et de mea tua facta: quod facere juris interpretum non fuit; sed quia in his humanum sit perinde haberi, quasi mea fuerit, et a me profecta, quæ re vera profecta non fuit. Caussæ autem hæ sunt tres. Una, cum tibi mutuum roganti, quia pecuniam non habebam, dedi lancem, ut venderes, et pretio utereris, et usus es. Hic enim pretii pecunia eo loco habetur, ac si tu eam a me accepisses: quod non est iniquum ita existimari ob id, quod per caussam rei meæ eam habeas, rem autem meam in hunc usum prius a me acceperis: de qua specie dictum est in *L. rogasti*, *supr. eod.* Altera est, cum te mutuum rogante non dedi ipse de meo, sed curavi, ut tibi daretur de eo, quod mihi debebatur, dum jubeo debitorem meum tibi dare: quod vitandi circuitus caussa ita acceptum est, quasi ille prius mihi dedisset, ego deinde tibi: idque jus de hac specie ita argumenti loco hic affertur, ut tamen statuatur pro certo: idemque confirmatur in *L. qui negotia*, vers. *item quod si*, *infr. mand.* Differt autem hæc species ab illa, cum quis nummos suos dedit tanquam meos meo nomine, quam initio attigi. Illic enim dantur nummi nominatim, et mea caussa, et in hoc, ut mihi tanquam crediti mei nomine condictio acquiratur. In hac autem altera, de qua agimus, debitor solvit quidem nummos meo jussu, sed tamen sua caussa, nempe liberandi sui, non ullius crediti contrahendi, et mihi acquirendi gratia. Tertia species est, de qua hic ex professo agitur, cum debitori meo petenti permisi pecuniam, quam mihi ex alia caussa debebat, sibi retinere crediti nomine: in qua specie exemplo superioris mutuum hoc loco ab Ulpiano admittitur. Ex his tribus caussis etsi duæ priores nonnihil dubitationis primo habuerunt; facilius tamen in his mutuum receptum est: certe facilius recipi potuit ideo, quia non est in his omnino nuda conventio inter nos, ut pecuniam mutuam mihi debeas; sed aut proficiscitur a me in te aliquid, quod traditum pecuniæ vicem habeat, aut alius dat pecuniam tanquam de meo, cum dat, quod mihi debetur. In tertia difficilius fuit recipi, ut in qua constet nullam omnino ullius rei, aut personæ numerationem seu traditionem intervenire; sed sine traditione convenit, ut pecuniam, quam mihi debebas, crediti nomine retineres. Hinc controversia de hac specie major; ut declarat disputatio Africani non temere, nec passim mutuum in hac specie admittentis in *L. qui negotia*, *infr. mand.* Inde et quæstio ac disputatio hujus loci, † in quo unum hoc propositum 2
est Ulpiano probare, in hac quoque specie recipiendum, ut conventione superiore pecunia mutua efficiatur. Nam quod de singularibus quibusdam in mutuo receptis initio dicit, quodque subjicit de illa specie, cum jussi debitorem meum tibi dare: utrumque argumenti loco per occasionem positum est, adhibitum ad superiorem sententiam confirmandam, ut collectio ex priore specie subjecta aperte ostendit in illis verbis: *quod igitur in duabus personis.* Nam si regulam de singularibus illis initio positam exemplis declarare vellet, post priorem illam speciem, quam posuerat, ita subjicere debuit: Idem et in ea specie receptum est, quæ sequitur. Definitio enim non de singularibus recipiendis concepta erat, sed de receptis. Hæc caussa est, cur contentus dicere, *singularia quædam recepta esse circa pecuniam creditam*, nihil addidit ad ejus definitionis explicationem; et exemplo utens, unum tantum attigit, de quo constaret: nam de altero satis ostendit dubitari. Scilicet ad institutum probandum erat satis hæc ita poni, ut posuit, nec erat necesse longius persequi, quod alterius rei caussa adhibebatur. Alioqui si quid de his rebus definire vellet, certius eum aliquid et plenius tradere oportuit. Hoc intelligi in primis ad cognitionem hujus loci conducet: quod cum non minus ad defensionem boni auctoris pertineat, non debuit hujus consilii ratio a nobis initio prætermitti. Sed quod dico, singulis partibus ad id de quo quæritur accomodatis, facilius intelligetur. Institutum est, ut dixi, Ulpiano docere, si pecuniam ex caussa mandati mihi debeas, et convenerit, ut cre-

crediti nomine eam retineas, etiam in hac specie recipiendum esse, ut pecunia fiat mutua. Ad id efficiendum hanc rationem et ordinem sequitur. Principio, quia huic sententiæ maxime juris communis ratio obstabat, ideo ab hujus partis occupatione statim orditur. Diceret enim aliquis (quo argumento, ut verisimile est, maxime ab iis qui dissentiebant, occurrebatur, licetque id conjicere ex *d. L. qui negotia, infr. man.*) singulare quiddam esse, et plane novum dici, contrahi mutuum sine ulla numeratione: proinde ut in superiore specie pecunia conventione fiat mutua, ubi numeratio nulla intervenit, recipiendum non videri: alioqui futurum esse, ut fiat contra rationem et regulas juris de mutuo constitutas, cum id singulare dicatur, quod est hujusmodi. *L. in his, et L. jus singulare, supr. de legib.* nihil autem contra regulas juris admitti posse aut debere. *L. contra, supr. de pact.* Et Ulpianus ab hujus, ut dixi, objectionis occupatione ordiens ostendit non esse, cur ea re quisquam moveatur, quominus in proposito mutuum recte contrahi statuat: singularia enim quædam recepta esse circa pecuniam creditam, indicio esse, *quod si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis.* Quo dicto significat fateri se et in ea specie, de qua quæritur, singulare esse, si quis dixerit pecuniam conventione mutuam fieri, quamvis eam a me non acceperis: sed non ideo id recipiendum non esse: quippe et alia quædam esse singularia, quæ non eo minus recepta sint circa pecuniam creditam, quale est illud, quod exempli loco subjungit. Proinde si idem in proposito recipitur, nec mirum, nec novum videri debere. Neque tamen ex eo, quod singularia quædam circa mutuum recepta sunt, veluti in ea specie, quam probationis loco addidit: continuo efficitur idem jus et in proposito recipi debere, si nihil amplius sit in utraque specie, quam jus singulare. Multa enim sunt singularia, neque omnia sunt ejusdem generis, neque denique omnia mutuo conveniunt: quod vel maxime in his caussis licet perspicere. Nam illic cum debitor meus dat pecuniam, numeratio pecuniæ vera intercedit: quæ cum jussu meo proficiscatur a meo debitore, est, cur debeat pro mea existimari: et hoc ad mutuum satis. In proposito autem cum jubeo debitorem meum pecuniam mihi debitam apud se crediti nomine retinere, nulla omnino numeratio intervenit, neque mea, neque alterius: non est autem mutuum, nisi pecunia proficiscatur. *L. 2. §. creditum, supr. eod.* Idcirco Ulpianus cum priora posuisset, et hinc vellet, quod sentiebat, efficere: non statim et præcise intulit ideo et in specie proposita mutuum esse recipiendum; sed addidit, quo intelligeremus et priorem speciem, quam exempli gratia posuerat, et eam de qua quaeritur, utramque ita esse ejusdem rationis, ut si in priore mutuum recipimus, consequens sit et in proposita esse admittendum. Et hoc est, quod priore specie posita ita colligit: *quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est: ut cum ex caussa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta.* Duas personas in priore specie intelligit personas duorum debitorum meorum, veteris et novi, quorum unus tantum dat pecuniam, nempe prior, et ea solutione liberatur; alter tantum accipit, et crediti nomine accipiendo ex ea caussa mihi obligari incipit. Unam personam in posteriore specie intelligit personam unius debitoris mei, de quo superiore conventione id agitur, ut pecuniam det ex vetere caussa, atque hoc modo ea obligatione liberetur, et idem eandem pecuniam ex crediti caussa accipiat, eoque nomine mihi jam obligetur. Quid est autem, quod in priore specie in duabus illis personis debitorum meorum recipitur circa pecuniam creditam? Id quod significat in extremo: ut nimirum propter conventionem mutui, quæ mihi cum posteriore debitore intercedit, pecunia illi a me credita fiat: non quia illi a priore data sit, quod per se ad mutuum est inutile, ubi meo nomine non datur; sed quia videatur mihi prius data pecunia, et deinde a me ad posteriorem profecta. *L. 3. §. ult. infr. de don. int. vir. et ux.* Fingamus hoc idem in posteriore specie, ut cum convenit, ut unus idemque debitor pecuniam ex vetere caussa debitam, ex nova crediti mihi deberet, videatur mihi pecunia ab illo data, et a me rursum ad eum profecta. Necesse erit ob eandem caussam pecuniam mutuam fieri: quia si vere res ita gesta esset, utrobique mutuum citra controversiam pariter consisteret. At in unius hujus persona idem quod in duobus debitoribus fingere debemus: quod prioris fictionis ratione cognita paulo post suo ordine intelligetur. Quapropter et in hujus persona ex superiore conventione mutuum eodem modo quamvis singulari jure fiat, recipiendum est. Hæc Ulpiani sententia est

de

de proposita specie: hæc ejus confirmatio; hic ordo et progressus confirmationis. Cujus partes nobis separatim amplius attingendæ sunt: habet enim unaquæque suas dubitationes, et suas quasdam cautio-
3 nes. † De quibus ut certius et distinctius cognosci possit, præcidam initio quæ hic capita sint, et quid in unoquoque dubitetur. Apparet autem hic tria esse capita: Primum continet generalem hanc definitionem. Singularia quædam recepta esse circa pecuniam creditam: in quo quærendum omnino est, quæ sint illa singularia, quomodo singularia, et cur recepta: tum quid valet hoc, *circa pecuniam creditam.* Secundum pertinet ad eam speciem, cum jussi debitorem meum tibi pecuniam dare, quam tanquam a me creditam mihi deberes: in quo quæritur, quam recte hoc ipsum receptum sit, ut videatur pecunia mihi a priore debitore data, et deinde a me ad novum debitorem profecta; cum constet nihil horum intervenisse re vera: et num nihil referat, pecunia a priore posteriori data sit, an promissa; et si data est, utrum me præsente data sit, an absente. Tertium proprium est hujus loci; pertinetque ad eam speciem, cum jussi debitorem meum pecuniam quam mihi ex alia caussa debet, sibi retinere crediti nomine. In quo non solum dubitatur, an recte Ulpianus hanc speciem cum priore comparet, quæ videtur longe esse dissimilis; sed etiam an omnino ejus sententia de hac specie recipienda sit, ut quæ videatur velut ex professo non tam responso Africani, quam manifestis ejus rationibus refelli in *L. qui negotia*, *infr. man.* et in summa quid omnibus collatis locis de hac parte vere statui possit. Ergo de his ut est propositum, eodem ordine dicemus.

Primum ait Ulpianus: SINGULARIA QUÆDAM RECEPTA SUNT CIRCA PECUNIAM CREDITAM.
4 † Ubi notandum est legi debere, ut in Pandectis Florentinis, *recepta*, non ut in aliis exemplaribus, *præcepta*: quæ lectio olim vulgo recepta erat. Nihil enim hic ille præcipit, ut fiat, sed tantum quid in mutuo aliis placeat, et quid in eo vulgo receptum sit, narrat. Sic et Africanus loquitur in *d. L. qui negotia*, *man.* Qui quod placuit pecuniam fieri creditam, cum jussi debitorem meum tibi dare, benigne rece-
5 ptum dicit. † Hic quæritur, ut dixi, quæ sint ista singularia, et cur singularia vocemus. Et *singularia* dicimus in re quaque, quod fit contra regulam et rationem juris ejus, quod observatur in ea specie, de qua agitur. *d. L. in his*, juncta *L. jus singulare*, *supr. de leg.* Hinc in mutuo singulare, quidquid contra regulas et naturam mutui in eo recipitur: cujusmodi est, quoties placet pecuniam tibi a me fieri mutuam, ubi re vera pecuniam non dedi, sed tantum perinde habetur, quasi dedissem: si quidem lex et ratio mutui id exigit, ut de meo tuum fiat, ut initio hujus legis diximus. Hujusmodi singularia quæ in mutuo recepta sint, videamus. Et puto non alio in genere recepta esse, quam cum mutuum a creditore datum non est, et tamen hoc ipsum ita accipitur, ac si datum esset, si conventio de pecunia mutua inter creditorem et debitorem intercesserit. Ut autem videatur ita datum, quod ab illo datum non sit, tribus illis in caussis receptum esse, quas initio quoque sum complexus: cum scilicet dedi tibi lancem, ut venderes, et pretio uterere; cum jussi debitorem meum tibi pecuniam dare; cum debitori ipsi meo permisi crediti nomine retinere, quod mihi ex alia caussa debebat: quarum de prima constituitur in *L. rogasti*, *supr.* de duabus posterioribus hac L. Utque in his tribus recipitur singulare id, quod dixi: ita puto non recipi in pluribus. At enim hoc modo eveniet, dixerit aliquis, ut non plura singularia recepta sint circa pecuniam creditam, sed unum; nempe ut fingatur pecunia mea a me tibi data, quæ non est. Nunc autem hic dicimus non unum aliquid singulare receptum esse, sed singularia quædam. Et genere quidem hoc unum est, quod fingitur; sed caussæ plures et diversæ, in quibus id recipitur. Id in his receptum plures itidem mutui species singulares efficit, quæ et ipsæ in caussa mutui receptæ sunt. Hæ receptæ, sunt illa singularia, quæ recepta esse dicimus circa pecuniam creditam, et quoniam species numero non multæ sunt, sed paucæ: ideo dicuntur singularia quædam hic recepta esse, non singularia multa, aut singularia indefinite. In summa cum de mutuo ut mutuo agitur, ut in tribus illis caussis superioribus mutuum benigne et singulari jure receptum est: ita non plures videntur, mihi quidem non plures occurrunt, in quibus singulare quidquam admittatur circa pecuniam mutuam, ut mutuam. † Nam 6
ut paucis attingam ea quæ vulgo magno apparatu in hoc numero recensentur: quod placuit, si quis nummos suos tibi dederit tanquam meos quamvis absente me et ignorante, tamen te mihi obligari: *L. certi*, *§. si nummos*, *supr. eod.* nihil est in eo mutuo singulare, sed omnia regulis juris consentanea, sive de pecunia a me in te transferenda, sive

de actione mihi acquirenda agitur, ut in ejus
7 loci explicatione docuimus. † Sed et illud, quod pecunia aliena data placet mutuum pecunia consumpta confirmari, quod vulgo in hoc genere numerant: non magis singulare est in mutuo, quam illud, ut mutuum pendeat, donec pecunia fiat accipientis. Nam et consumptio pecuniam accipientis facit, si modo is bona fide consumat, ut ostendimus ad *L. rogasti*, *§. ult. supr.* Prius autem ex mutui natura est, eoque ex jure comuni: *L. proinde*, *supr. eod.* quamobrem non potest, quin sit et posterius. Quod autem vulgo statuunt quamvis rem æstimatam pro pecunia mutua dari posse, ut si data sit, ea summa fiat mutua, quæ in æstimatione dicta est: non nego esse ejusmodi, quod merito numeretur inter singularia ista recepta in mutuo, si quidem verum esset; sed aperte falsum est. Re enim obligatio contrahi ultra quam datum aut acceptum est, non potest. *L. si tibi*, *in pr. supr. de pact.* Species autem hic datæ sunt, non pecunia. Et quamvis ex rebus distractis possit pecunia confici: tamen neque id in ea specie factum est, neque
8 id etiam actum ut fieret. † Id tamen probari putant. *L. si pro mutua*, *C. eod.* quia illic constituitur rebus ita pro pecunia mutua æstimatis datis, æstimationem eam peti posse. Sed non si ea æstimatio peti potest, idcirco efficitur, ut mutuam peti posse. Imo ita petetur, ut solet cum alias res æstimatæ dantur. Æstimatio emptionem facit: et qui rem æstimatam accipit, is tanquam emptor summæ veluti pretii debitor efficitur, *L. plerunque*, *§. si ante*, *infr. de jur. dot. L. quoties*, *L. cum dotem*, *C. de jur. dot.* Erit igitur in superiore specie non certi condictio ex mutuo, quod nullum est; sed, ut emptione contracta, ex vendito actio, *d. L. quoties*, *C. de jur. dot.* Illa vero qualia sunt, quæ sequuntur? In quibus mitto ea, quæ a veteribus quibusdam tradita Bartolus, et res ipsa satis rejicit. Tantum attingam ea vel quæ ille non improbat, vel in qui-
9 bus ipse hæret. † Tutor, inquiunt, sibi pecuniam pupilli creditam scribere potest, et scribendo, sibi mutuam facit. *L. quoties*, *§. non tantum*, *infr. de ad. tut.* Idem rem pupilli emere non potest: multo minus scribendo sibi emptam facere. *L. si in emptione*, *§. ult. infr. de con. empt.* Atqui horum utrumque ex jure communi est, et communi officio ac potestate tutorum, non ex jure singulari, de quo agitur: atque adeo in potestate tutorum nihil hic inter pecuniam creditam, et aliarum rerum distractionem interest. Pecuniam pupillarem sibi creditam sumere tutor potest, sed non quovis modo; verum bona fide, idest, palam et aperte debitorem se constituendo, ut et extraneum quemlibet faceret debitorem pupillo, ut est in *L. non existimo*, *in fin. infr. de adm. tut.* Quod ita fit, ut ibidem adjectum est, si dum alios contutores habet, ab his pecuniam mutuam accipiat, his caveat, certasque usuras promittat, quas et alii debitores pupillo dependunt. Quod si tutor unus erit, nihil fit alienum a bona fide si pecuniam sibi creditam palam et aperte scribat in rationibus tutelæ, ejusque pecuniæ usuras se debiturum, quantæ in ea regione ab aliis debitoribus accipiuntur. Cæterum clam et mutuum dissimulando pecuniam pupilli sumere, eamque convertere in usus suos non magis tutori licet, quam res cæteras: idque si faciat, legitimis usuris idest, maximis seu centesimis subjicitur. *L. 7. §. quæ autem*, *d. L. non existimo*, *infr. de adm. tut.* Enimvero hoc idem juris est et in emptione rerum pupillarium, quæ distrahi possunt. Has tutor emere non potest, ut est in *d. L. si in emptione*, *§. ult. infr. de contr. empt.* Hoc sic accipiendum est, si non bona fide emat, nempe clam et privatim id pretium statuendo, quod velit: quod sine fraude pupilli fieri non potest: cum si res publice venum exponerentur, possent pluris distrahi. At palam et bona fide nihil ne tutor quidem ex bonis pupilli, quæ distrahi possunt, comparare prohibetur, ut diserte scriptum est in *L. 5. C. de contr. empt.* Id autem fit palam et aperte ita emendo, ut alius quivis extraneus faceret, dum scilicet ad auctionem exemplo cæterorum admittitur, et res plurimo licitanti addicitur: quod cuivis in cujusvis rei auctione et licitatione concedendum est. *L. 2. C. si in cau. jud. pig. capt. sit.* Sane ad bonam fidem probandam hoc distat mutuum pecuniæ ab emptione rei pupillaris, quod tutor non potest a se emere quamvis scribat aperte in rationibus se emisse: quod in pecunia credita interdum secus est. Sed hoc, inquam, non quia inter istos contractus quidquam intersit in potestate tutorum, constitutum est; sed quia non ita fidem suam probare tutor potest in emptione res sibi emptas scribendo, ut potest in pecunia, hanc scribendo sibi esse creditam: idque propter incertitudinem pretii, et certitudinem usurarum. Nam pretium in emptione quod statuat, non est certum: et ideo ex aliorum licitatione et æstimatione id statui debet, ex quibus intelligetur, quod maximum pretium percipi potuerit. Usuræ autem pupillares quæ

pro

pro pecunia penduntur, sunt certæ: sunt enim eæ quæ in quaque regione frequentantur: penduntur que a cæteris debitoribus, si apud eos pecuniæ collocarentur. *d. L. 7. §. quæ autem, in fin. infr. de ad. tut. L.*
10 *1. in pr. infr. de usur.* † Item ajunt: in mutuo hoc servatur, ut cum mutuam pecuniam quis dedit sine stipulatione, et deinde fecit stipulationem ex continenti (quod ita fit, si pecuniam dedit eo pacto, ut ea sibi stipulanti promitteretur) pecunia ex numeratione non debeatur; sed solum ex stipulatione. *L. 6. infr. de novat. L. si ita stipulatus, §. Chrysogonus, infr. de ver. obl.* Singulare hoc, inquiunt, et proprium mutui: quia jus facit, ut si semel contractus aliquis præcesserit, et stipulatio de eadem re sequatur, non novetur præcedens contractus stipulatione, sed ex utraque caussa propriæ actiones nascantur: veluti si in societate contrahenda convenerit inter socios, quid in ea fieri, et præstari vellent, idque ita inter se stipulati sint non novationis caussa: ubi eo nomine et societatis actione, et ex stipulatu agi posse placuit. *L. duo, infr. pro. soc.* Imo hac ipsa ratione nihil hic singulare in mutuo, atque adeo ne mutui quidem proprium. Singulare aut proprium mutui jus esset, si ex numeratione tanquam ex certo aliquo contractu inde interposito nasceretur a principio obligatio, quæ deinde novaretur sequenti stipulatione: quod non ita est. Nam in hac specie dum hujus juris ratio explicatur in *L. cum enim, 7. infr. de novat.* nominatim ita traditur, cum pecunia data ex continenti eam stipulamur, non nasci obligationem ex numeratione, quia id agatur, ut sola stipulatio teneat. Quod si verum est, non possit hic aliunde quam ex stipulatione actio nasci, ubi non est aliud, unde nascatur. Id vero et in omnibus aliis negotiis jure communi non dico fieret, sed necesse esset fieri, si ex priore caussa obligatio non nasceretur. Sed hoc ita est in aliis caussis, ut ex quibus placet obligationem nasci, quamvis stipulatio secuta sit, eæ sint ejusmodi, quæ proprium contractum perfectum habeant, ut societatem, quo exemplo supra usi sumus: unde non possit, quin obligatio jure civili statim oriatur. Sed cur numeratio pecuniæ creditæ non habetur hujusmodi contractus, cum si sine stipulatione numeratio interveniat, constet eam mutuum efficere, et ex ea nasci obligationem? Bene id Bartolus hoc loco expedit. Neque enim numeratio, aut traditio rei contractus est ipsa per se: sed prout contrahentibus visum est, ut quæ ad aliam rem institui possit, quam ut sit contractus: quod de emptione, societate, et similibus contractibus dici non potest. † Illud plane ridicu- 11
lum est, quod inter singularia pecuniæ creditæ ponunt, quod in mutuo pecuniæ numeratæ non debentur usuræ citra stipulationem. *L. quamvis, C. de usur.* Si singulare intelligere debemus, ut debemus, quod est contra rationem juris communis: quomodo id singulare, quod jure publico constitutum est ratione optima et æquissima propter odium usurarum? Sin intelligunt singulare, quod est speciale et proprium: quomodo hoc jus mutui proprium, quod constitutum est de contractibus stricti juris omnibus? aut quomodo pecuniæ proprium, quod etsi in pecunia solum obtinet, quia et in hac solum usuræ locum habent; tamen palam est non propter pecuniam constitutum esse, sed odio usurarum? Quid de his dicemus, quæ ab iisdem tanquam pecuniæ propria huc afferuntur, quasi ad regulam superiorem pertinentia? Pecunia, inquiunt, consumitur sola commixtione, fitque commiscentis, si nummi ita aliis admixti sint, ut discerni non possint. *L. si alieni, infr. de sol.* Item pecunia communis non corporibus dividitur, ut res cæteræ, sed numero. *L. nam etsi, §. ult. supr. eod.* Item res omnes pecunia numerata æstimari possunt, aliis rebus non possunt. *L. 1. infr. de contr em. L. si ita fidejussorem, infr. de fid.* Item, si quis acceptis ex hereditate centum aureis, et prædio Tusculano jussus sit portionem suam hereditatis restituere: placet eum prædium quidem hereditarium de communi habiturum; pecuniam autem de parte sua retenturum. *L. cum pater, in pr. infr. de legat. 2. L. deducta, §. acceptis, infr. ad Treb.* Etsi non est exploratum solam pecuniam commixtione consumi, veriusque est idem in frumento alieno contingere quod quis bona fide cum suo miscuerit, arg. *§. si duorum, ver. quod si frumentum, Inst. de rer. divi.* etsi præterea divisio quæ numero fit, non pecuniæ propria est, sed communis omnium generum. *L. in stipulationibus, infr. de ver. ob.* Postremo etsi in ea specie, cum quis accepta certa summa jussus est portionem hereditatis restituere, valde ineptum est putare id pecuniæ proprium esse, quod eam summam deducit heres de portione tantum sua: cum id non propter pecuniam respondeatur, sed propter voluntatem testatoris, secundum quam ea summa de tota hereditate deduci potuit, si testator aperte id vellet: hæc, inquam, etsi ita sunt, tamen volo omnia esse pecuniæ propria. At

est

est hæc tractatio hoc loco aliena, et plane nugatoria. Agitur oc loco de his quæ sunt singularia in pecunia credita, idest, quæ sunt non propria mutui, sed quæ sunt singularis juris, contra rationem juris communis recepta, ut exempla subjecta ostendunt. Superiora autem ista quæ in pecunia fieri diximus: omnia jure communi et ratione æquitatis nota, eademque naturæ pecuniæ maxime conveniente constant. Non sunt ergo singularia. Sint tamen et hæc singularia, quia pecuniæ propria: at erunt ita propria pecuniæ, ut non magis hujus propria sint, quam illius: certe non magis creditæ, quam donatæ, aut ex alia quavis caussa debitæ. Hic autem agitur de his, quæ singularia sunt non circa pecuniam, sed circa pecuniam creditam, idest, mutuam. Ex quibus jam intelligi potest, quam recte singularia tam multa hic statuantur præter ea, quæ diximus. Quod si alia omnia ex hoc numero recte removimus, conficitur singularia hic recepta circa pecuniam creditam, tres esse illas species, quas supra posuimus, neque hic singularia
12 plura esse. † Sed cur hæc etiam recepta sunt, cum si sunt singularia, sint contra rationem juris constituta; nihil autem mutandum sit ex solemnibus, nisi ubi evidens æquitas id suadeat? *L. pen. supr. de in int. rest. L. etsi, infr. de reg. jur.* Et de prima specie dixi suo loco ad *L. rogasti, supr. eod.* De duabus posterioribus ratio hic redditur, quæ cujusmodi sit, in singularum caussarum tractatione opportunius dice-
13 tur. Verba autem Ulpiani observanda sunt. † Nam cum dixisset singularia quædam recepta esse: nominatim addidit, *circa pecuniam creditam.* Qui locus varie distractus est. Difficultatem peperit hæc objectio: Quæ aliis in rebus quam pecunia, itemque aliis in contractibus quam mutuo locum habent, non possunt dici singularia esse in pecunia credita, id est, in pecunia numerata mutua: nam quomodo singularia in hac re aut contractu; si sunt cum aliis rebus et contractibus communia? At ea de quibus Ulpianus loquitur, in rebus aliis quam pecunia: itemque aliis in contractibus, quam mutuo, obtinent. Non sunt igitur singularia hæc *circa pecuniam creditam*, idest, circa pecuniam numeratam mutuam. Hæc objectio tenet eos, qui in ea propositionem admiserunt: quod cum prope omnes fecerint, res in difficultatem inexplicabilem incidit, eoque in varias sententias distorta est verius, quam distracta. Illo enim concesso, hoc concedentibus restabat ad dissolutionem, ut vel negarent aliis in rebus et contractibus eadem esse singularia recepta, vel dicerent Ulpianum verbis pecuniæ creditæ non significare rem certam, aut contractum certum, sed generaliter rem omnem contractam: ut hoc dicere intelligatur singularia quædam recepta esse non in pecunia tantum, aut in mutuo, sed in rebus aliis, contractibusque omnibus. Sed nihil horum licet dicere. Quid enim? negabimus aliis in rebus, quam pecunia eadem singularia esse? Non recte negabimus. Nam si quis vinum, oleum, frumentum certa mensura mihi debeat, et ego hæc mutua tibi esse volens, jubeam debitorem meum tibi dare, et dederit: necesse est tibi mutua fiant eadem ratione, qua pecunia numerata fieret, si ille mihi pecuniam debuisset. Cum enim cæteræ res mihi a debitore meo dari potuerunt, non minus recte in his licet dicere eas videri a debitore mihi datas, et a me ad te profectas. Atqui hac ratione pecuniam, quam ille mihi deberet, eodem jussu fieri creditam hic scriptum est. Par igitur et in cæteris rebus idem admittere, ut quibus in rebus eadem ratio est, idem quoque jus statuatur. *L. illud, supr. ad leg. Aq.* Sed quod in rebus negare non licet, licebit fortasse facere in contractibus, ut negemus in cæteris contractibus locum habere, quæ in mutuo singularia esse hic dicuntur. Ne hoc quidem. Nam si ego tibi jubeam debitorem meum pecuniam tibi dare, ut sit tibi a me donata: placet pro donata haberi: idque eadem ista ratione, qua hic utimur, quia et illic videatur pecunia mihi ab illo data, et a me ad te profecta: usque adeo, ut si donatio inter nos consistat, puta quia sis uxor mea, nummi intelligantur mei facti, non tui, sicque intelligantur vere mihi dati, non procuratori meo: nam alioqui ego dominus non efficerer, contra quam diserte traditum est in *L.* 3. §. *ult. de donat. int. vir. et uxor.* Idemque probandum est, etsi uxor dotem datura jubeat debitorem suum marito pecuniam solvere, aut paciscatur cum debitore, ut quod debet, doti sibi habeat. *L. si sponsalibus*, §. 1. *infr. de jur. dot.* Ergo hac defensione exclusi tutius esse putabimus fortassis, quod quidam ex veteribus fecerunt, confugere ad generalem significationem verborum: dicemusque locum sic esse interpretandum, ut velit Ulpianus singularia hæc, de quibus agit, recepta esse in pecunia credita, idest, in re omni contracta: quia et pecuniæ verbo res omnes contineantur; *L. pecuniæ nomine, infr. de verb. sig.* et crediti quoque verbum generale sit ad omnes contractus partinens. *L.* 1. *L.* 2. §. *creditum*

tum, *supr. eod.* Sed hæc tunc dici possunt, cum voluntas scriptoris non refragatur. Nunc autem perspicuum est Ulpianum hoc loco pecuniæ nomine intelligere eam, quæ proprie ita dicitur, nempe pecuniam numeratam; creditæ autem verbo intelligere mutuam, uti et hoc verbum proprie de mutuo usurpatur, ut docui ad *L.* 2. *in fi. supr.* Quod non eo dico, quia hoc fragmentum in hunc titulum relatum sit (apparet enim ex inscriptione sumptum esse ex libro trigesimo primo Ulpiani ad edictum, quo libro de mandato scripsit) sed quia cum hic dixisset, singularia quædam esse *circa pecuniam creditam*, hanc definitionem confirmaturus, exemplis usus est duobus: quorum in priore proponit nummos datos esse, et ita, ut aperte in eo nummos vocet, quam prius pecuniam dixerat; in altero ait convenisse inter nos, ut quam pecuniam ex caussa mandati mihi debebas, eam crediti nomine retineres: ubi omnes consentiunt crediti nomine idem valere, quod mutui nomine. Neque enim dici potest convenisse inter nos, ut pecuniam retineres cujusvis contractus nomine, cum inter nos id ageretur, ut ex certo deberes, et eo qui alius esset ab obligatione mandati. Crediti autem verbum si ad speciem refertur, non solet pro alio contractu, quam mutui usurpari. Quod si hæc in exemplis tantum sunt, non probavit Ulpianus definitionem propositam, si definitio de omnibus rebus debitis omnique contractu concepta est. Quanquam si dederimus definitionem generaliter ita esse conceptam; tamen ne sic quidem effugiemus, quin falsa sit. Nam et in rebus donatis idem juris est, ut dixi. *d. L.* 3. §. *ult. de donat. int. vir. et uxor.* donatio autem accipientem non obligat. Ita semper verum erit, singulare id, de quo hic agitur, etiam in aliis rebus, quam creditis seu contractis receptum esse: Hæ sunt difficultates, quibus vulgus interpretum et se et hunc locum impediunt. Quæ omnes illis ex eo natæ sunt, quod in superiore objectione concesserunt recte illud poni, si hæc de quibus hic agitur, aliis in rebus, aliisque in contractibus obtinent, non posse ea dici in pecunia numerata mutua esse singularia. Nam si id falsum est, nihil est, quod metuamus aperte fateri Ulpianum loqui de pecunia numerata mutua: et nihilominus hæc eadem singularia, de quibus dicit, in aliis rebus et negotiis admittere: cum si in omnibus admittantur, nihil in eo statuatur repugnans.

14 † Et vero ita se res habet, ut nihil magis falsum sit, quam quæ in una re aut uno contractu dicuntur singularia, dici non posse in alia re et aliis contractibus recipi, ut sint et illic singularia. Nihil enim prohibet, quominus quæ in quibusdam rebus, aut quibusdam caussis singulari ratione æquitatis contra jus recepta sunt, hæc ipsa et in aliis eadem æquitatis ratione recipiantur: quod cum fiet, non minus vere dicetur in singulis generibus, singularia quædam in his esse recepta. Ita qui singularia quædam recepta esse dicit circa pecuniam numeratam, et circa mutuum, is aliis in rebus, aut contractibus eadem locum habere posse non negat: et quia non negat, nihil dicit contrarium iis locis, in quibus eadem alibi quoque recepta esse affirmatur. Id quod Bartolus de sententia quorundam aliorum, et hanc sententiam cordatiores ex interpretibus postea secuti in contractibus admittere videntur. Non enim dubitant pecuniam creditam hic interpretari mutuam, etsi in aliis contractibus eadem singularia agnoscunt. Sed si satis explorata ratione id dicebant, quia statuerent eum qui unum dicit, alterum non negare: mirum est, quæ religio eos tenuerit, quominus pecuniam hic interpretarentur pecuniam numeratam: nam hanc Ulpianus intelligebat, ut qui eandem postea nummos appellet: et in usu juris cum conjunctim pecunia credita aut mutua dicitur, non alia accipitur quam pecunia numerata, ut in S. C. Macedoniano. *L.* 3. §. *is autem*, *L. item*, §. *mutui*, *infr. de Sen. Mac.* Nimirum id eo se facere ostendunt, quia verentur, ne falsum sit, si dicantur hæc singularia esse in pecunia numerata, cum in aliis etiam rebus mutuis eadem singularia sint. At qui in pecunia numerata dicit esse singularia, is cæteras res ideo non excludit. Deinde ipsis auctoribus eadem singularia sunt in contractibus aliis, quam mutuo; neque ideo tamen pecuniæ creditæ verbo interpretantur omnem contractum. Quid est igitur, cur propter eandem objectionem pecuniæ verbo intepretentur res omnes mutuas contra usum verbi, et auctoris mentem? Ex quo apparet eos, quale esset, quod hic objicitur, et quod ipsi responderent, non satis intellexisse. Nos de utroque ita sine offensione respondebimus. Singularia sunt hæc circa pecuniam numeratam recepta; sed non minus circa res alias. Singularia sunt in pecunia mutua; sed nihilominus et in donata, et in dotem data et in similibus caussis: neque qui in una re aut caussa singularia quædam esse dicit, is in aliis eadem locum habere negat. Sed si aliis quoque in rebus et contractibus eadem singularia admit-

mittimus, et nihilominus Ulpianum interpretamur dicere singularia quædam esse circa pecuniam numeratam: et eam mutuam: videamus, ne definitio dupliciter vitiosa sit, et quia inepta, et quia falsa. Inepta, quia nominatim adjecerit circa pecuniam mutuam, cum generaliter de omnibus et rebus et contractibus definire deberet, aut certe non potius unam speciem exprimere, quam cæteras. Falsa, quia vocet ea singularia in mutuo, et pecunia, quæ sint mutuo cum aliis contractibus et rebus communia, quod significationi verbi adversari videtur. Sed nihil horum movere nos debet. Ulpianus adjecit nominatim circa pecuniam creditam, idest, mutuam: quia proposito servire voluit. Si definitionem de singularibus tradere voluisset, quibus in caussis ea locum haberent, generaliter eum definire oportebat de omnibus: unam vero speciem exprimere in eo quod ad tam multas pertineret, non potuit, nisi inepte. Sed proposita erat quæstio de pecunia numerata mihi debita, de qua convenisset, ut esset debitori meo mutua sine ulla naturali numeratione: atque hanc mutuam fieri probare instituebat. Ad id defendendum satis erat docere singularia quædam recepta esse circa pecuniam creditam huic, de quo quæritur, similia. Idcirco proposito serviens de pecunia credita tantum dixit, omissa quæstione, an in aliis quoque rebus mutuis et aliis negotiis eadem singularia locum haberent, quia ad institutum non pertinebat. Quod autem dixit singularia quædam esse in mutuo, quæ sunt mutuo cum aliis contractibus communia, non potest fal-
15 sum videri nisi his, † qui putabunt singulare idem esse, quod speciale, ut vocant, et proprium in mutuo. Quæ si verbi significatio esset, recte diceremus, quod esset singulare in re aliqua, aut contractu aliquo, id ad alias res aut alios contractus non pertinere, quia quod alicujus rei proprium sit, id non sit commune. Sed longe aliud est singulare, aliud speciale, vel proprium. Singulare est, ut sæpe jam diximus, quod contra rationem juris receptum est. Id nihil vetat, quominus receptum semel in una caussa, recipiatur quoque et in aliis multis eadem æquitatis ratione ita suadente, ut in singularibus his, de quibus hic agitur, tum circa pecuniam numeratam, tum circa mutuum evenire diximus. Quod cum fit, apparet quod in una caussa singulare sit, id ejus caussæ proprium non esse, sed cum aliis commune: et quidem ita, ut cum commune sit omnium; nihilominus tamen recte dicatur in unaquaque singulare: quia singulare sit, non quod abhorreat ab aliis rebus et caussis, sed quod alienum sit a jure communi: quibuscunque autem in caussis id jus receptum sit, semper verum sit id a jure communi pariter recedere. Ac de definitione hujus loci satis dictum est. Venio ad eas species, quæ sequuntur, in quibus reliqua duo capita ejus loci posuimus.

Secundum ergo caput † pertinet ad eam 16
speciem: cum jussi debitorem meum tibi pecuniam dare, ut eam mihi ex caussa mutui debeas: in qua quæritur, cur placeat te mihi obligari, cum, ut dixi, in mutuo pecuniam de mea tuam fieri oporteat, proinde et a me proficisci, ut sit a me mutuum: in proposito autem neutrum contingat, ubi et pecunia debitoris fuerit, non mea, et ab illo profecta, non a me, quoniam suo nomine dabat, ut se liberaret, non meo, aut mutui mecum contrahendi caussa. Benigne hoc receptum est, inquit Africanus in *L. qui negotia, ver. item quod, infr. man.* Sed ille his verbis quo jure id receptum sit, ostendit, non quamobrem: nos autem amplius quærimus, cur benigne receptum sit, quæque hujus benignitatis et humanitatis ratio fuerit. Reddit rationem Ulpianus hoc loco, quia etsi non fuerit re vera pecunia mea facta, et a me tibi tradita, tamen cum a debitore meo, qui mihi daturus erat, meo jussu tibi data sit, utrumque illud perinde haberi debeat, quasi factum esset: *ut videatur scilicet ab illo mihi data, et a me ad te profecta*: quod si vere fieret, nemo dubitaret, quin secundum regulas juris recte contraheretur mutuum. Et est quidem ita, ut videri debeat mihi data, et a me ad te profecta, ut diximus. Sed cur videri debeat, non perinde liquet: nihil enim eorum hic fit re vera. Quapropter hoc etiam nobis faciendum est, ut cur ita videatur factum, planius doceamus. † Id idem Ulpianus atti- 17
git in *L. 3. §. ult. infr. de donat. int. vir. et ux.* cum in specie non dissimili ejusmodi dationem eo fingi ait, quia *celeritate conjungendarum actionum una actio occultetur*. Sed et hoc etiam obscurius, nisi explicetur. Proinde dicam, quod videatur facere ad utrumque locum penitus intelligendum. Manifestam ergo id, quod dicimus, rationem habet: quippe quod supervacuum sit expectari, dum a debitore meo pecunia mihi solvatur, ut ad te perveniat: cum multo celerius ad te pervenire possit, si illa a me præterito recta tibi data fuerit, ex quo id quod petis, non minus habeas, quam si ipse dedissem. Idque ita fieri est ex sen-

sen-

tentia legis, et ejus juris, quod pecuniam meam, et traditionem meam in hujusmodi negotiis transigendis exigit. Sententia legis est id, quod legi propositum est, ut fiat; finis legis cujusque, et id quod lex consequi voluit. *L.* 3. §. *sed utrum*, *supr. de minor. L. contra*, *et L. seq. supr. de legib.* Quid autem propositum est legi, si quis proponat in specie proposita verbis legis exigi, ut ego a debitore meo pecuniam recipiam, sic deinde eam tibi tradam? nempe huc spectat id exigi, ut debitor eo facto a me liberetur, tu voluntate mea pecuniam habeas mutuam, qua utare. Quare si me jubente statim pecunia ab alio ad te pervenerit, voluntati legis satisfactum est: utque est ex sententia, ita melius et utilius est rem ita transigi, perindeque haberi, quasi ego ipse tibi tradidissem. Et generaliter ita definiendum est: Quoties res aliquæ exiguntur lege, ut fiant, non propter se, sed ut per eas ad aliud perveniatur, si sine illis rebus id quod volumus, consequi liceat, supervacuum esse res illas requirere, utpote non necessarias, et vero eas jure non desiderari. Argumento est traditio, quæ ad transferendum dominium interponitur. Sine hac jure gentium dominia non transferuntur. *L. traditionibus*, *C. de pac.* ut appareat hanc eo jure exigi ad dominium transferendum. Et tamen si rem meam, quam commodavi, aut locavi tibi, aut apud te deposui, vendidero tibi, et velim ex ea caussa tuam esse: placet sine traditione nuda voluntate statim tuam fieri. *L. qua ratione*, §. *interdum*, *infr. de acq. rer. dom.* Unde hoc, aut quamobrem, cum videatur superiori legi adversari, quæ traditionem exigit? Quia intellectum est lege eo traditionem desiderari, ut ad eum qui dominium acquisiturus est, perveniat rei possessio, sine qua jure gentium dominia rerum non acquiruntur. *L.* 1. *in pr. infr. de acq. poss.* Finge jam possessionem esse apud eum, cui rem quæsitam volumus. Finem traditionis, quam lex requirebat consecuti, frustra, nec minus contra legis sententiam novam traditionem desideremus. Idem et in proposito accidit. Sine mea traditione pecunia jussu meo tibi a debitore meo tradita, de qua inter nos convenit, ut esset tibi mutua, efficitur mutua juxta conventionem: nimirum quia non ad aliud numeratio mea proficeret, neque ob aliud etiam desideratur, nisi ut hæc pecunia ad te perveniat tanquam mutua. At id maxime et celerrime consequimur, si recta tibi numeretur a debitore jussu meo. Proinde si id fiet, numerationem meam non requiremus, rem non necessariam his, qui eum finem consecuti sunt, quem lex spectabat. Omninoque verum est illud, quod vulgo dicitur, planeque etiam huc referri debet: supervacuum esse pluribus fieri, quod paucioribus transigi potest. Hæc vero illa ratio est, quam in *d. L.* 3. §. *ult. de do. int. vir. et uxo.* Ulpianus idem in proposita specie significat, cum ait: si ego debitorem meum jusserim uxori meæ donationis caussa solvere, et ille solverit: perinde esse, quasi is mihi dedisset, et ego acceptos nummos donassem uxori, ut sic infirmata donatione nummi mei fiant, non uxoris, id autem eo fieri, quia *celeritate conjungendarum inter se actionum una actio occultetur.* Unam actionem occultari ait: quia si, ut ibidem scribit, res naturaliter gereretur, hic ordo rei gerendæ futurus esset, ut pecunia ad me a debitore meo, deinde a me ad mulierem perveniret. In quo si actiones ex personis spectamus, tres sunt actiones: una debitoris mei veteris, qua ille mihi daret: altera mea, qua ego ab illo acciperem, deinde acceptum traderem uxori; tertia hujus ipsius, qua illa a me datum acciperet. In persona debitoris mei vere una tantum actio est, traditio nimirum; in persona quoque uxoris item una duntaxat, hujus acceptio; in persona autem mea vere duæ actiones, si multitudinem et varietatem earum spectemus, quarum utraque hic occultatur. Sed dicitur una actio, ut intelligatur actio unius personæ, idest, totum id quod unus agit in hac translatione, ut recte Alciatus accepit. Nam et in Comœdiis unus actus dicitur, pars fabulæ pluribus actionibus separatis et distinctis constans, quæ comprehensæ illum actum velut totum illis partibus constans constituunt. Totam ergo meam illam actionem hic occultari ait, dum prætermittitur, et eo modo fit, ne appareat. Id autem ait, fieri *celeritate actionum inter se conjungendarum*, idest: dum id agitur, ut celeriter actiones extremæ hic inter se conjungantur: significans eo fieri, ut traditio debitoris mei cum acceptione uxoris meæ (quæ hic duæ sunt extremæ actiones, prima nimirum et ultima) celeriter conjungatur, omissa quæ secundum naturæ ordinem intervenire media debuerat, mea actione: atque hoc modo citius et sine inutili circuitu ad finem propositum, idest, ad propositam pecuniæ translationem perveniatur. † Quod dum fit, quia 18
breviter fit, ideo in hujusmodi specie res brevi manu geri, et pecunia ad uxorem seu debitorem futurum brevi manu perveni-

nire ab eodem Ulpiano sibi consentiente dicta est in *L. licet*, §. 1. *infr. de jur. dot.* Recte brevi manu, quæ breviter rem conficit; seu quæ breviorem actionem facit actionibus non necessariis prætermissis: eadem figura, qua dicitur pallida mors, quia pallidos facit. Sed quod ait Ulpianus simpliciter, *si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligari te mihi*: diligenter monendi sumus concisam esse orationem, in qua tantum de mutui obligatione positum sit, quantum ad institutum faciebat: ideo multa ad obligationem hujus speciei necessaria esse prætermissa. Observandum est enim exemplum allatum ab Ulpiano, non quod tractaret ex professo, sed quo ostenderet interdum recipi in mutuo aliquid singulare, id de quo quærebatur. Id autem in proposita specie hujusmodi erat, si in ea mutuum mihi tecum contraheretur, quamvis nummos meos non acceperis. Idcirco et id solum posuit, dicens *te mihi obligari, quamvis meos nummos non acceperis.* Cæterum si de re quæritur: non dubium est, quin multo plura hic desideret mutui obligatio, quam ut satis sit jubere me debitorem meum pecuniam tibi dare. Quæ nos subjiciemus, non solum quia id fieri ad cautionem hujus loci pertinet, ubi facile est verba secutos in errorem incidere, quando præter illum jussum nihil hic statuitur ad mutui obligationem: sed etiam quia species ipsa per se eam explicationem desiderat, nec sunt omnia, quæ requirimus, expedita. Partim autem mutui natura, partim ea ratione quam in hac specie reddidimus, admonemur, ut tibi a me sit mutua pecunia ea, quam jussi debitorem meum tibi dare, tria hæc amplius intervenire debere: Primum ut inter me et te convenerit separatim, ut tibi esset mutua: Deinde ut cum ego jubebo, sit hic rerum et personarum status, et ut debitor mihi dare pecuniam, et ego ab illo acceptam in te transferre potuerim per rerum naturam: Tertium, ut debitor dare jussus etiam tibi postea re

19 vera dederit. † Primum inter me et te id agi oportet, ut eam pecuniam tanquam mutuam mihi debeas: alioqui si tantum jussu meo pecunia a debitore meo tibi soluta erit, obligaris tu quidem mihi, ut eam pecuniam reddas; sed aut mandati, si tibi quoque mandavi, ut eam pecuniam acciperes, aut sine mandato, negotiorum gestorum. §. *plane*, *Inst. de inut. stip. L. Julianus*, §. 1. *infr. de verb. obl. L. ex mandato*, §. 1. *infr. man.* Quod si et hic ab Ulpiano, et ab Africano in *d. L. qui negotia*, *ver. item quod*, *infr. man.* superior conventio in specie proposita prætermissa est: eo factum intelligi debet, non tantum quia alterius rei caussa hæc species obiter afferebatur, tantumque de ea attingebatur, quantum ad institutum satis erat; sed etiam quia non videbatur necesse esse eam conventionem adjici, cum ex natura negotii de quo agebatur, eam supponi debere satis intelligeretur. Certe mutui conditio hanc conventionem exigit: mutuum enim contractus est: nullus autem contractus est sine conventione, qua id ipsum agatur, ut sit is contractus quem volumus. *L.* 1. §. 1. *supr. de pac.* Secundum exigimus adducti ea ratione, quam paulo ante de hac specie exposuimus: cum enim jussi debitorem meum tibi dare pecuniam, ideo hic placet esse mutuum, quia *videatur mihi ab illo data pecunia, et a me ad te profecta.* † Hoc 20

ita videri potest omnino, si et per rerum naturam ita mihi ab illo dari potuerit, et a me ad te proficisci, ut in explicatione sequentis speciei pluribus dicetur. Quare et hoc ipsum ut hic fiat, superior ratio exigit. Ut autem id fiat, tribus rebus continetur, quas easdem hoc loco exigi intelligemus, si et jubeam præsentem debitorem dare, et ille pecuniam habeat, quam dare possit, si velit, et illum jubeam te præsente. Si jubeam absentem dare, non potest ab eo mihi videri pecunia data, quæ per rerum naturam tunc ab absente mihi dari non potuit. Sed etsi jubeam præsentem dare, tamen si ille fateatur pecuniam domi suæ esse, ideoque non esse ad manum, quod det, aut alio modo constet eam rem quam mutuam esse volo, non esse in ejus potestate: ne sic quidem potest existimari mihi dedisse, quod ille non habuit. Proinde utroque modo mutuum non erit: quod in sequenti specie recte defenditur argumento *L. qui negotia, infra man.* Quod si et præsens debitor jubeatur, et pecuniam dare possit, sed jubeatur te absente, nihilomagis mutuum contrahetur: quia etsi videri potest pecunia mihi ab illo data, non tamen potest videri a me ad te profecta, cum ego tibi tum absenti per rerum naturam dare non potuerim. Quæ omnia cum diligentius exposuerimus in sequenti specie, in qua et eadem maxime locum habent, illinc assumi poterit, quod huc transferatur: equidem ita scripsi, ut cum res eadem sit, velim huc quoque omnia referri. † Non est 21

satis conventionem mutui præcessisse, et intervenisse eum statum rerum, ut pecunia mihi a debitore meo dari potuerit, et a me

me tibi etiam pecuniam tibi a debitore dari oportet: quod tertio loco exigebamus; neque ante mutuum perficitur. Similiter, ut cum dedi tibi lancem vendendam, et jussi te ab emptore pretium accipere, quo tanquam mutuo utereris, non ante constituitur mutuum, quam et vendideris rem, et ab emptore re ipsa pretium acceperis. *L. rogasti*, *infr. de præs. ver.* Id vero ut hic statui debeat, mutui natura efficitur, quod ut conventionem, sic etiam dationem, et hanc quidem præcipue ut sibi propriam exigit. *d. L.* 2. §. *appellata*; §. *creditum*, *supr. eod.* Prius quam autem in hac specie debitor a me jussus tibi pecuniam dederit, non est, cur dici possit, pecuniam tibi ab ullo non dico datam esse, quod factum non esse constat; sed etiam datam videri. Non enim potest videri a debitore data, cum ab eo id postularetur, ut tibi dando solveret, quod mihi debebat: quæ solutio naturalem numerationem desiderat. *L. solutam*, *infr. de sol.* Multo minus potest videri a te ipso tibi data: cum non id ageretur, ut tu tibi dares, qui mihi nihil debebas; sed ut alius daret, quod inde inciperes debere. A me vero quomodo posset ea pecunia tibi data videri, si eam nec unquam habui, nec videor prius habuisse? Atqui ubi ea tibi prius data non videtur, ne mihi quidem potest a debitore mihi data videri: cum si fingatur mihi data esse, non ob aliud fingatur, quam quod pecunia apud te fuit, et tu tanquam a me acceptam apud te esse voluisti. *L.* 3. §. *ult. infr. de donat. int. vir. et ux.* Quid est ergo, quod hic scribitur, *si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligari te mihi quamvis meos nummos non acceperis*? Perspicuum est hoc dici, obligari te mihi, non quamvis nummos omnino non acceperis, sed quamvis non acceperis meos. Et hoc ita est: nummos accipere te oportet, ut dixi; sed satis est, si a debitore accipias, quamvis verum sit eos illius esse, non meos; ab illo profectos, non a me. Quid tamen si debitor meus eam pecuniam tibi promiserit? non idcirco crediti nomine mihi obligaberis. Postulat enim mutuum naturalem dationem: aliud est autem dare, longe aliud promittere: cum qui promittit, hoc ipso probetur non dare, quod promittat se daturum. Alioqui etsi ego tibi promisissem me pecuniam mutuam tibi daturum, multo citius ex caussa mutui mihi obligareris: quod non ita est, ut docui ad *L.* 2. *in princ. supr. eod.*

Sequitur caput tertium, quod pertinet ad posteriorem speciem, de qua proprie hic agitur, ut videamus cujusmodi sit, quod Ulpianus constituit pecuniam sic quoque creditam fieri, si cum ex caussa mandati pecuniam mihi deberes, convenerit, ut eam crediti nomine retineres; idque adeo superioris speciei argumento recipi debere ait, quia et hic *videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta.* † Certe et senten- 22
tia ipsa superior, et argumentum quo in ejus confirmatione Ulpianus utitur, utrumque ejusmodi est, ut responso Africani in *L. qui negotia*, *infr. mand.* non obiter et strictim, sed ex professò, et accurata disputatione videatur repudiari. Primum enim proposita ex facto quæstione, an pecunia credita fiat, cum is qui pecuniam ex eadem caussa, nempe mandati debebat, cum domino per epistolam convenit, ut eam pecuniam sibi creditam deberet cum usuris semissibus: negat fieri creditam. Deinde ne quis temere dici putaret, rationem affert ex certis præceptis mutui sumptam, quod nuda pactione pecunia credita fieri non possit. Mutuum enim re contrahitur: quod significat non contrahi solo consensu. Non est satis. Ne quis enim contra moveretur exemplo ejus, qui jussit debitorem suum pecuniam alii mutuum accepturo dare, in qua specie pecuniam accipienti mutuam fieri receptum erat: nominatim hoc ipse sibi objicit, et argumentum refutat, quod dicat benigne receptum esse: sentiens ob eam caussam id jus tanquam singulare non esse producendum ad consequentias, ex regulis comunibus juris. *L. quod vero*, *supr. de legib. L. quod contra*, *infr. de reg. jur.* Hinc non parva difficultas objicitur quærentibus, quid in hac caussa tenere debeamus. Nam si sententiæ contrariæ non sunt, constituendum erit, qua in re discrepent; in qua non discrepent; et quatenus verum sit pecuniam ex alia caussa prius debitam conventione mutuam fieri posse: quod non est expeditum: et in eo huc usque laboratum est prope ab omnibus. Sin contrarias esse dicimus, ut quidam volunt, nullo modo rem expediemus: quoniam utram potius sequamur, non habebimus, ac plus una vera esse non potest. Nam cur malimus Ulpiani sententiam sequi, quam Africani, nihil est. Quid enim dicemus, Ulpianum sententiam suam non leviter proponere, sed ex professo et diligenter confirmare? At hoc idem facit Africanus, et quidem non paulo accuratius. Nam inter utriusque confirmationem hoc interest, quod Ulpianus contentus argumentum unum suæ sententiæ proferre, ad hujus argumenti refutationem, quæ apud Africanum est, nihil

hil dixit. Africanus contra non solum sententiam confirmavit argumentis, sed etiam argumentum contrarium non improbabili ratione removit. An potius Ulpianum sequemur, quia is posterior fuit, posteriores autem leges derogant prioribus? *L. sed et posteriores, supr. de legib.* Sed jurisconsulti interpretes juris fuerunt, non legislatores, ut si inter se dissentiant, non potuerit posteriorum sententia priorum auctoritati derogare. Et quod præcipue hic spectandum est, horum scripta, quæ in Pandectas relata sunt, sic accipere debemus, quasi a Justiniano scripta essent, quibus ipse tanquam a se profectis auctoritatem dedit. *L. 1. §. sed neque, L. 2. §. legislatores, C. de vet. jur. enu.* Justinianus autem utrumque scriptum pariter, et uno in loco comprobavit, ut si in his tempus constituendi quæritur, neutrum sit altero prius aut posterius; si auctoritas, neutrum alteri derogare possit. Imo prævalet sententia Ulpiani, inquies, quia et ex contrario potest confirmari. *L. si ex pretio, C. eod.* Atqui posterior est Justinianus ea constitutione. Is cum dixit se omnia confirmare, atque adeo sua facere, quæ sunt in Pandectis, quæ quidem aperte nec diffidenter affirmentur; sine dubio responsum Africani, quod in Pandectis accuratum exstat, non ex contrario, sed recta et aperte confirmavit. Quod si omissa auctoritate constituentium expenduntur utriusque sententiæ rationes, verendum esse quis dixerit, ne potius Africani sententia vincere debeat. Ulpianus enim ideo in posteriore specie superius illud statuit, quia eam speciem priori similem facit: quæ tamen usque adeo dissimilis videri potest, ut nihil magis: quandoquidem in priore pecunia datur debitori, quod mutuo convenit, in posteriore omnino non datur: porro sine datione mutuum non consistit. Contra ratio Africani illa, nuda pactione pecuniam creditam non fieri, cum ex regulis et natura mutui sumpta sit, seipsam qualis sit, ostendit. Ego autem non tantum quia necesse est constituere hæc responsa non esse contraria, si quid certi in hac caussa habere volumus, et maxime si volumus Justiniani constitutioni satisfacere, qui vetat hæc pro contrariis accipi: *L. 2. §. contrarium, C. de vet. jur. enu.* sed etiam quia verba utriusque loci id ipsum ut constituamus, efficiunt: nego de sententia interpretum communi has sententias esse contrarias, quia dissimili in re et specie versentur. Sed qua in re dissimilitudo sit, parum liquet: de eo nobis viden-
23 dum est. † Et hactenus species consentiunt: Utrobique debitor qui mutuam pecuniam habere vellet, is fuit, qui eam pecuniam ex caussa mandati prius deberet. Utrobique etiam convenit, ut idem eam pecuniam crediti nomine deberet. Nam quod in *L. qui negotia*, proponitur debitor misisse epistolam ad creditorem, et egisse cum eo, ut eam pecuniam sibi ab illo creditam haberet: non facit creditoris absentia, quominus si ille non repugnet, sit conventio: certum est enim et per epistolam convenire inter absentes posse. *L. 2. supr. de pact.* Atque adeo intervenisse in ea specie de pecunia mutua conventionem, liquido illa ostendunt. Primum ratio Africani, cum ait, *si illic pecunia credita fiat*, eventurum, ut *nuda pactione credita fieri possit*: quod falsum est, si ibi nulla sit pactio: tum illa verba, quæ sunt in extremo, *tamen usuras de quibus convenerit, præstare debeat.* Ita in summa convenit utrobique, ut quam pecuniam debitor ex caussa mandati debuit, eam crediti nomine haberet. Sed hoc species utriusque loci discrepant. In *L. qui negotia*, aut absens debitor fuit, qui mutuum petebat, aut si præsentem fuisse dederimus: fatebatur se non habere pecuniam, quam vellet, aut paratus esset dissolvere. † Præsentem eum non fuisse de- 24
clarat, quod proponitur, ad eum cujus negotia procurabat, epistolam misisse, et epistolam qua significaret certam summam apud se esse ex administratione. Etsi epistola in usu juris frequentissime pro cautione et chirographo accipitur, vel verius pro cautione habetur, ubi epistola cautionem continet, ut in *L. emptor, §. 1. supr. de pac. L. Titius, infr. de pec. const.* et similibus locis innumeris: tamen ea res non facit, quominus epistola semper sit epistola, si proprie loqui volumus, idest, literæ missæ ad absentem, id quod verbum significat: dictum est enim a mittendo: præsenti damus, mittimus ad absentes. Nec eo minus epistola, si quid ea cavetur, erit cautio, etsi ad absentem dirigitur. Sed etsi interdum epistola diceretur de cautione inter præsentes exposita; tamen quominus in supra scriptis verbis epistolæ nomine intelligamus cautionem inter præsentes emissam, prohibent illa verba: *qua significaret.* Cavere possumus tam absenti, quam præsenti; significare autem quid, et notum facere literis nisi ignoranti non possumus: proinde non nisi absenti. Nam inter præsentes res ita geritur: ut primo debitor verbis exponat pecuniam apud se esse: deinde hujus rei caussa chirographum adjiciat, non quo notum faciat creditori, quod ille jam didi-

didicerat, sed ut literis testificetur idem, quo de ea re ad probationem in posterum quoque illi cautum sit. Nec aliter epistolam interpretor in iis locis, quibus dicitur debitor creditori epistola notum facere, ut *L. Lucius* 24. *L. Quintus*, *infr. dep. L. ult.* §. 1. *infr. man.* Quanquam etsi tantum epistola nominata esset, tamen hoc idem significari intelligeremus: cum Cicero *lib.* 1. *epist. ad Quin. fratrem*, *epist.* 1. auctor sit, proprium hoc esse epistolæ, ut scribatur de rebus, quas quis ignorat: *Illud*, inquit, *quod est epistolæ proprium, ut is ad quem scribitur, de his rebus quas ignorat, certior fiat, prætermittendum non puto.* Nec refragatur *L. Titius*, *infr. de pig. act.* quod enim illic proponitur debitor petiisse a creditore, ut fundum sibi oppignoratum certo pretio emptum haberet, et ille dixisse se velle tanti emere, ac nihilominus dicitur debitor ad hunc ipsum creditorem emisisse epistolam, qua se illi vendidisse eum fundum significaret: nihil hic significari videtur, quod prius nosset creditor. Id enim totum sic accipi debet, quasi debitor explorare prius voluerit voluntatem creditoris sui de fundo emendo: quam cum cognovisset eam esse, ut vellet tanti emere, tandem id confirmans rescripsit et ipse de sua, sibi nimirum pretium placere, et se tanti vendidisse, quæ voluntas prius ignota erat. Quod si aliter speciem facti Marcellus illic intellexit, quasi de venditione jam ante creditori nota literæ emissæ essent, fatendum est abusive dictum esse, debitorem epistolam emisisse, qua se vendidisse significaret: non ex verbi propria significatione: a qua in re dubia recedere non debemus. *L. non aliter*, *infr. de legat.* 3. *L.* 1. §. *licet*, *illic*, *in re*, *infr. de exer. act.* Quod si quis contendet epistolam in *L. qui negotia*, accipi pro cautione, qua procurator de pecunia quæ apud se esset, præsenti domino confiteretur, et caveret: tamen hoc tenebimus procuratorem cavisse de certa pecunia, quam apud se esse confiteretur. Sic enim responsi verba sunt: *epistolam ad eum emisit, qua significaret cer-*
25 *tam summam ex administratione* † *apud se esse*: quibus verbis procurator hoc significavit pecuniam se ad manum non habere, sed eam esse domi suæ, ut est usus loquendi Latinorum: ut cum dicimus, ille apud me est, cœnavit apud amicum. Cic. *lib.* 1. de Orat. *quem non longe ruri apud se esse, audio*, idest, domi suæ, et in prædiis suis. Idem ad Att. *lib.* 5. epist. 9. *apud me in mei generi Crassipedis hortis cœnavit.* Idem ad Att. *lib.* 5. epist. 94. *ego cum triduum cum Pompejo, et apud Pompejum fuissem*, idest, domi ejus: Terent. *in Heaut. ubinam est, quæso? Cœnavit apud me domi.* Ubi non dicit Chremes Cliniam secum esse, nam eum esse domi fatebatur, ipse autem domo abierat: sed hoc ita accipiendum est quasi dixisset, est domi meæ: idemque expressisset, etsi tantum dixisset, est apud me. Ergo aut de absente debitore Africanus loquitur, aut ita de præsente, ut esset is, qui certam pecuniam, de qua agebatur, fateretur esse domi suæ, non autem se eam habere, quam vellet tum, aut posset dissolvere. In hac specie negat Africanus eam pecuniam nuda pactione fieri creditam: ut liceat constituere hanc summam esse ejus sententiæ; Si horum alterutrum eveniet, ut aut res agatur inter absentes, aut præsens debitor neget se habere pecuniam, quam det in præsentia: quamvis convenerit inter eum et creditorem, ut quam pecuniam ipse ex alia caussa debebat; eam creditam sibi haberet tamen nihilo magis ea conventione pecuniam creditam fieri. Hac sententia nihil puto esse verius, neque ad eam confirmandam quidquam certius afferri potuit ea ratione, qua Africanus in hac re utitur, *alioqui dicendum*, inquit, *ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse*, quod absurdum esse significat. Et recte: mutuum enim re contrahitur: proinde non nudo consensu. Nudum autem esse oportet, ubi nihil sit, quod a quoquam debitori detur. Nec potest in eo debitore, quem dixi, locum habere Ulpiani ratio, ut quis dicat ea ratione a superiore sententia recedi debuisse. Ille ideo pecuniam conventione mutuam fieri ait, quia videatur pecunia a debitore creditori data, et rursum a creditore ad debitorem profecta. Hæc ratio in eo, qui per rerum naturam pecuniam dare potuit, et voluit, admitti potest, ad eum qui non potuit, non
pertinet, ut paulo post ostendemus. † Quid 26
Ulpianus hoc loco, cum ait pecuniam ex caussa mandati mihi debitam conventione creditam fieri, videtur de omni debitore sensisse, tam absente, quam præsente, et tam eo qui pecuniam non habeat ad solvendum paratam, quam de eo qui paratus sit solvere? Si hoc sensit, nihil caussæ est, cur non videatur dissentire ab Africano id affirmans, quod ille negaverat. Sin contra loquitur de præsente, et eo qui paratum se esse ostendat pecuniam solvere, si creditor pecuniam mutuam esse nollet: planum fit, quod dixi, versari hos locos dissimilibus in caussis, quæ cum dissimiles rationes habeant,

beant, fit etiam, ut jus aliud, atque aliud, postulent. Atqui verissimum puto, quod communi sententia interpretum receptum est, Ulpianum sentire hoc loco de eo debitore, quem modo *dixi*: idque verba quibus utitur in re proponenda, et ratio ejus, evidenter arguunt. Non enim dicit convenisse, ut cum pecuniam ex caussa mandati mihi deberes, eam crediti nomine mihi debeas, quo verbo omnem debitorem complecteretur; sed ut crediti nomine retineas: nec dicit recipiendum, ut hæc pecunia mutua fiat; sed ut videatur mihi data, et a me ad te profecta: similiter atque in ea specie, quam prius posuerat: quorum utrumque non ad alium debitorem, quam eum de quo dixi, refertur. Itaque ne quis mihi dicat verisimile esse Ulpianum, qui post Africanum scripserit, et ratione usus sit, quam ille prius repudiaverat, dissensisse ab Africano. Concedam fieri posse, ut in totum dissenserit: de quo si integra Ulpiani scripta exstarent, fortassis melius judicaremus. Sed de verbis hujus fragmenti, uti nobis tradita sunt a Justiniano, quæritur. Extra hæc quid ille senserit, alii divinabunt, si qui volent. Ego de illius sententia tantum intelligo quantum his verbis significatur: sed tum maxime, cum Ulpianum auctorem fuisse video, quem constat inter veteres maxime attentum, et proprietatis amantem scriptorem fuisse. Atque ut proprietatem verborum, et rationis momentum aliquando negligere liceret: tam diligenter cavendum esset, ne quid unquam tale admitteremus in hujus aut alius cujusvis Jurisconsulti scriptis, si quod amplius quam per verborum proprietatem licet, sumptum esset, aliis locis et rectæ rationi adversaretur: quod cum hic futurum sit, si a verborum proprietate, et ratione Ulpiani recedemus: minime omnium id in hoc loco, atque hoc scriptore admittere debemus. Sed et verba, et rationem expen-
27 damus. † Et retinendi verbo utitur: *Cum*, inquit, *ex caussa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas*. Hoc verbum ad præsentem, et eum qui jam pecuniam dare paratus sit in præsentia, proprie tantum pertinet. Is enim retinere dicitur, qui quam pecuniam paratus erat a se dimittere, voluntate creditoris retinet: quod tunc accidit, cum debitori parato pecuniam solvere, et tamen petenti, ut sibi per creditorem eam adhuc retinere liceret ex crediti caussa, creditor ex hac caussa retinendi potestatem facit. Quod ad rationem attinet, hæc ejusmodi est, ut ad absentem, et eum qui pecuniam non habeat, quam det, nullo modo queat referri. Ait enim, *cum convenit, ut pecuniam ex alia caussa mihi debitam crediti nomine retineas, recipiendum, ut videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta*: quasi diceret, recipiendum, ut pecunia tibi fiat mutua, quia videatur mihi prius a te data esse, tum deinde a me ad te profecta; quod ut fiat, mutuum exigit. † Hoc vero ita factum, nisi etiam 28
per rerum naturam fieri potuerit, fingi non potest. Et generaliter quidquid factum esse fingitur ideo, quia verisimile sit factum esse, ita recipitur jure, si et fieri potuerit, non aliter. Ut puta, filium eum mariti et uxoris definiemus, qui ex uxore natus est: sed hoc tamdiu, quamdiu per rerum naturam nihil obstabit, quominus ex vivo nascatur. Quod si maritus diutius abfuerit ab uxore, quam ut filius ex illo natus esse posset, aut præsens cum uxore consuescere non potuerit propter infirmitatem: nequaquam in re certa pro filio habebitur, quem constet natura filium esse non posse. *L. filium, supr. de his qui sunt sui, vel al. jur.* Item qui ad certum tempus conducit, placet hunc finito quoque tempore colonum manere: quia videatur dominus, cum colonum in fundo esse patitur, ex integro locare: idque ita esse existimatur, etsi dominus si esset admonitus, non admitteret locationem. Sed hoc ita, si is sit dominus, qui et consensu locare potuerit. Quod si furiosus erit, non placet videri eum ex integro locasse, quem constet etiam si vellet, locare non potuisse. *L. qui ad certum, infr. loc.* Idem et in hac specie omnino probandum est: cum convenit, ut debitor meus pecuniam, quam mihi debet, sibi creditam habeat: recte dicitur videri pecuniam ab illo mihi datam, et a me ad eum profectam. Sed hactenus: nisi constet eum per rerum naturam mihi tum, cum conveniebat, non potuisse dare. Quod cum ita fiat, si aut debitor abfuit, aut pecuniam ad eam rem non habuit: consequens est huic sive fictioni sive rationi, nisi in præsente, et eo qui pecuniam dare potuerit, locum esse non posse. Quare etsi nihil aliud esset in verbis, quod de mente Ulpiani colligeremus: tamen cum hanc rationem reddidisset sententiæ suæ, vel hinc intelligi liceret non debere longius produci ejus sententiam, quam quo ratio perveniret. *arg. L. quod dictum, supr. de pact.* Nunc cum verba cum ratione consentiant ad eam sententiam efficiendam quam posuimus; non video cur de ea in posterum magnopere ambigere debeamus: nisi malumus divinatio-

ni-

nibus quibusdam nostris contra verba et rectam rationem indulgentes, his ipsis ad res implicandas, et veras ac constitutas sententias evertendas abuti: cum potius obscura explicari, et vera ac bene constituta, quoad licet, interpretatione nostra retineri oporteret. Superiore autem sententia admissa, apparet: quod volumus, si de alio debitore Africanus agit, de alio Ulpianus, et de his diversum propriis rationibus statuunt: horum de his sententias, quamvis in eadem specie pecuniæ conventione mutuæ efficiendæ, contrarias videri non debere. Solum videndum est, an quemadmodum Africanus in specie sibi proposita, idest, in absente debitore, aut eo qui præsens pecuniam non habet, quam det, recte, statuit eam pecuniam illi conventione creditam non fieri, id quod etiam nunc valere debere
29 existimamus: † ita Ulpianus in altero genere de quo agit, idest, in debitore præsente, et eo qui eam pecuniam de qua convenit, potuerit dare in præsentia, recte defendat huic saltem eam pecuniam conventione creditam fieri posse, cum convenit, ut eam crediti nomine retineret. Et si verum est, quod Ulpianus ait, videri tum debere pecuniam creditori datam, et ab eo rursum ad debitorem profectam, recte colligit pecuniam illi fieri mutuam. Hoc enim eveniret, si vere creditori data esset, et ab illo ad debitorem pervenisset. Cur autem ita videri debeat, efficitur ea ratione, quam de hac re in superiore specie exposuims: quia scilicet cum totus hic circuitus, ut pecunia detur creditori, deinde ab illo proficiscatur ad debitorem, solum huc spectet in summa, ut debitor eam pecuniam habeat, qua pro mutua utatur: supervacuum sit eum circuitum exigere, ubi debitor pecuniam jam habeat apud se, et non sit periculum, ne si eam dationem intervenisse fingemus, videatur aliquid contra naturam fieri, ubi constet si contrahentes eam pecuniam invicem dare vellent, id eos in præsentia per rerum naturam facere potuisse. Hac ratione constituta, non modo nihil adversatur Africani ratio, quominus in hac specie mutuum recipiatur; sed etiam eadem illa in contrarium versa, necesse sit id facere. Ille ait, *nuda pactione mutuam pecuniam fieri non posse*. Recte *nuda*; quia mutuum constat rei datione, quod et Ulpianus fatetur. At si non est nuda, dicendum est cessante ratione mutuum debere admitti. *L. quod dictum, supr. de pact.* Atqui non est nuda, quæ dationem habet, qualis hic proponitur, ubi ita convenit, ut pecunia, quam mihi debes, tibi esset credita, ut simul videatur pecunia mihi a te data, et a me ad te profecta. Sed quoniam hoc ita videri debere defendit superioris speciei argumento, cum jussi debitorem meum tibi pecuniam dare: hæc caussa est, cur revocetur superior sententia in dubium. Hic enim consistitur ab Africano in *d. L. qui negotia*: negaturque diserte simile esse, quod placuit pecuniam creditam fieri, cum jussi te pecuniam a debitore meo accipere: ut necesse sit aut falsum esse, quod inde in specie dissimili colligitur, aut sublato argumento saltem relinqui eandem dubitationem, nec sententiam Ulpiani magis tunc quam ante, cum nullum ejus argumento esset, recipi debere. De quo ut recte respondeamus, videndum est, cur neget Africanus simile esse, cum jussi te accipere a meo debitore. Et ait, *quia hoc benigne rece-*
ptum est. † Non significat his verbis sin- 30
gulari jure hoc receptum esse, et quia singulari jure, ideo non esse producendum ad consequentias juxta regulam juris. *L. quod vero, supr. de legib. L. quod contra, infr. de reg. jur.* Nam hoc modo fatetur simile hoc esse ei, de quo nunc agitur; sed ideo diceret ad similem speciem non esse producendum, quia esset singulare. Nunc autem aperte dicit hoc simile non esse, illic, *nec huic simile esse.* Quid est igitur, quod ait ideo hoc non esse simile, quia *benigne receptum est*? Hoc sentit, ideo non esse simile, non quia benigne receptum sit simpliciter; sed quia ita receptum sit benigne, ut certa sit benignitatis caussa, cur reciperetur: hanc autem benignitatis caussam nullam esse speciei illi proposita, ut in ea pariter mutuum admittatur. Hoc vero recte dicit quoniam negans pecuniam debitori meo creditam fieri, cum convenit, ut quam ex mutui caussa mihi debebat, eam sibi mutuam haberet, in eo de debitore absente loquitur, aut eo qui pecuniam non habeat quam det: in quo nulla plane caussa est, quæ suadeat pecuniam a me videri illi datam, ut fiat credita, cum non possit videri illi a me data ea, quam nemo mihi prius dedit, aut etiam dare potuit. At cum jussi debitorem meum tibi dare pecuniam, est interdum, cur illic fiat mutua: quia potest debitor ita tibi dare, ut mihi quoque dare possit, si velit, et ego tibi per rerum naturam. Quod cum fit, humanum est rejecto non necessario circuitu perinde haberi, quasi id etiam factum esset. Itaque, ut dixi, vere Africanus. Num ergo non recte Ulpianus istas species comparat? Imo rectissime, ut qui in specie posteriore de debito-

tore præsente loquatur, qui et mihi dare possit, et a me itidem accipere eam pecuniam, quam mutuam esse placuit. Africanus autem de absente, aut eo qui præsens eam mihi dare non potuerit: ut consequens sit nec videri eum posse eam a me accipere. Quod si diceret Africanus, cum jussi te a debitore meo accipere, simile quidem hoc esse speciei propositæ; sed non ideo debere ad eam speciem produci, quia benigne receptum sit: falsum diceret. Ut enim non possit jus singulare, quod benigne receptum est, produci ad casus similes, idest, qui similem seu parem rationem habent; tamen si quis casus iidem sint, idest, hi qui numero quidem diversi sint, ratione autem eadem conjungantur, ut ratione iidem sint; nihil caussæ est, cur ad eas non recte transferatur. Generaliter enim tenendum est, in quibus caussis eadem ratio fit, in his idem jus statui debere. *L. illud, supr. ad leg. Aquil.* Nec obstat, quod regula juris generaliter ita scripta est. *Quod contra rationem juris receptum est, non esse producendum ad consequentias.* Cum enim jus singulare ad casus eosdem producetur, non tam dicendum est ad eos produci per consequentias, quam eos ipsos casus vi sua et recta continere. Quod si statuerimus Africanum hoc dicere, quod certa ratione humanitatis benigne receptum est, ad alias species quamvis in his eadem ratio sit, produci non debere, idque verum esse defendemus: nihil caussæ dici potest, quin Ulpianus hoc loco contra colligens vitiose colligat, et sententia ejus, quæ hoc argumento nitebatur, una quoque evertatur. Nec ad ista concilianda eo confugiemus, ut dicamus: quod benigne receptum est, ad casus similes produci non debere; verum ad eos in quibus major et probabilior ratio sit, recte produci. Nam primum generaliter loquitur Africanus, si modo hoc sentit, quod benigne receptum est, ad alios casus transferri non debere, in quo nihil excipit. Deinde etsi recte exciperemus eos casus, in quibus major ratio idem jus suaderet: tamen nihil hoc ad defensionem Ulpiani pertinet: propterea quod de ejusmodi casu ille non agit: quod ex ejus verbis statim licet animadvertere. Non enim dicit, *quod igitur in duabus personis recipitur*, hoc in una multo magis recipiendum est: sed simpliciter, *hoc et in eadem persona recipiendum est*: ut intelligamus argumentum esse ex comparatione non majorum, sed parium. Quod si res ipsa expenditur, ita reperiemus omnino, in posteriore specie eandem esse rationem re vera, cur in ea mutuum admittatur, non majorem. Convenit mihi tecum, ut pecuniam quam mihi ex alia caussa debebas, crediti nomine retineas. Ut sit mutua, hac ratione efficitur, quia *videtur mihi abs te data pecunia, et a me ad te profecta.* Si hic de facto tuo quæritur, quo videris mihi dare: non facilius tu mihi pecuniam dare potes, quam alius debitor meus, quem præsentem jussi paratam pecuniam alii dare: nam et ille pariter mihi dare poterat, ut tu. Si quæritur de meo facto, quo ego tibi dare videor, quid dici potest, cur ego pecuniam mihi vel a te vel ab alio datam facilius tibi dare possim, quam alii debitori futuro si et hic præsens fuerit, cum mutuum dare volui? Dices te tibi facilius dare posse quam alii. Sed animadverti debet in specie proposita, ubi convenit, ut pecuniam crediti nomine retineres, non quæri, an tu tibi pecuniam dederis: quod sane multo facilius præstare te potuisse fatendum est; sed an ego tibi. In hac vero quæstione perspicuum est, non facilius me tibi dare posse, quam potui alii, cui ego itidem dare vellem, et qui æque præsens esset, atque tu. In summa hoc volumus, Africanum qua parte de comparatione harum specierum agit, non fateri species esse similes, negare autem quod in una constitutum sit de pecunia credita, id transferendum esse ad alteram, quasi quod benigne receptum est, ut illud receptum est: non sit producendum ad alios casus (alioqui aut falsum id esset, refelleturque hoc loco ab Ulpiano, aut si hoc loco contempto verum esse vellemus, aperte Ulpiani sententiam everteret) sed hoc dicere, quod verba exprimunt, dissimiles esse has species: quia in priore mutuum certa benignitatis ratione receptum sit, quæ ratio cessat in posteriore, de qua ambigitur. Id autem eum vere dicere, ut species ab illo proponuntur: quoniam in ea de qua quæritur, et in qua pecuniam debitori conventione mutuam fieri negat, loquatur de debitore absente, aut eo qui pecuniam non habeat, quam det: in quo nulla sit benignitatis ratio, quæ mutuum admitti suadeat; in altera cum præsens præsentem debitorem jubeat pecuniam quam dare, possit, præsenti dare non sine certa benignitatis ratione receptum sit, ut sit mutuum. Id ita vere dictum esse ab Africano, ut nihilominus et hoc Ulpianus vere, cum hoc loco eas species similes facit: quoniam non sic ab illo proponantur, ut in his agat de diversis debitoribus, sed in utraque de iisdem, iisque et præsentibus, et qui pecuniam dare potuerint creditori, et simul ab illo accipe-

pere: in quibus cum sit eadem ratio, recte colligit quod in una specie benigne receptum sit, in eadem ratione in altera specie esse recipiendum. Constituta est igitur non improbabiliter sententia utriusque loci, quam quidem esse eorum locorum supra diximus, et effectum cum dissimili in causa versentur, non esse contrarios. †
31 Ex quibus summa hæc efficitur, quam de proposita specie et quæstione teneamus: Cum convenit inter me et debitorem, ut quam pecuniam ex alia caussa mihi debebat, eam mutui nomine retineat, et quæritur, an fiat mutua: multum interesse, utrum præsens debitor sit, cum quo id mihi convenit, et præterea pecuniam habeat, quam, si vellet, mihi tum dare possit; an vero quid horum desit, sive quod absit, et mecum de ea re egerit per epistolam, sive quod præsens non habeat, quod mihi det in præsentia. Si illa concurrent, pecuniam conventione mutuam fieri: quia cum pecuniam mihi dare potuerit debitor per rerum naturam, et ego acceptam in illum transferre: humanum sit id quoque ita factum existimari, cum necesse non fuerit circuitum inutilem requirere: hancque esse sententiam Ulpiani in hanc *L.* Sin quid eorum desit, pecuniam nuda pactione non fieri mutuam: quia non debeat pecunia videri mihi data, quæ per rerum naturam mihi tum dari non potuerit, utpote ab absente, aut eo, qui eam non haberet: id constitui ab Africano in *L. qui negotia, mand.* Ad quam interpretationem utriusque loci, et supra scriptam distinctionem si consensus interpretum plurimorum accedit (hæc enim communis sententia esse, aut huic esse proxima existimatur) est, cur sententia alioqui per se vera, eo nobis sit gratior, quia pluribus placeat. Cur autem adversus superiorem distinctionem moveri debeamus in alterutram partem aut *L. si pro mutua, aut L. si ex pretio, C. eod.* nihil est, quibus tamen in locis vulgo hærent, nec nisi eorum sententiam falsis interpretationibus pervertendo, rem expe-
32 diunt. † in *L. si pro mutua*, roganti tibi mutuam pro pecunia dedi lancem argenteam, aut aliam speciem æstimatam ea lege, ut eam æstimationem deberes: placet te eam debiturum, quamvis tamen appareat te nullam pecuniam habuisse, quam mihi dares, aut darę velles, cum ipse a me peteres, ut tibi darem, quam non habebas. Quo rescripto effici videtur, pecuniam quæ tibi tradita non sit, conventione nostra indistincte tibi mutuam fieri, sive habueris, sive non habueris, quod mihi dares; atque adeo etsi mihi nullam pecuniam ante debueris, quæ in mutui caussam converteretur. Et efficeretur omnino ita, ut diximus, si in superiore rescripto diceretur, te mihi eam æstimationem de qua convenit, tanquam mutuam debiturum. Quod neque dicitur, neque ita deberi admittendum est: nusquam enim hic pecunia est, quæ in te proficiscatur: nam neque ego tibi eam do, neque alius pro pretio ejus rei, ut fit in *L. rogasti, supr. eod.* neque potes videri mihi dedisse, cum non id ageretur, ut mihi dares. Quid ergo est? Id fiet, quod jam supra attigimus, cum de numero singularium in mutuo receptorum ageremus. Tu videlicet eam æstimationem mihi debebis ex conventione, ut illic scriptum est, sed ut pretium emptionis, non ut mutuum. Quod enim illic diximus, quoties res æstimata datur, emptio contrahitur, et qui rem accipit, is tanquam emptor æstimationis velut pretii debitor efficitur. *d. L. plerumque, §. si ante, infr. de jur. dot. L. quoties, L. cum dotem, C. eod.* Ut autem ad mutuum pecuniæ sola conventione in universum statuendum nihil valet *d. L. si pro mutua.* † sic nec in contrariam sententiam 33
moveri debemus *L. si ex pretio, C. eod.* quasi ea efficiatur, pecuniam mihi a te ex alia caussa debitam in totum conventione mutuam tibi fieri non posse, quamvis et cum præsente convenerit, et tu pecuniam mihi dare potueris. Illic in extremo ita scribitur: *Si vero citra vinculum stipulationis tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est* (ea autem ex emptionis caussa pretii nomine debebatur) *et ejus præstari fœnus convenit: simulatis pro infectis habitis, hujusmodi placitum nihil de præcedenti mutavit obligatione*: obligatio autem empti, qua pretium debebatur, intelligitur. Itaque est hic sensus, eo scripto pecuniam ex caussa empti debitam non potuisse fieri mutuam. Hoc qui superiori distinctioni, et maxime huic loco adversari putat, quid superioribus verbis contineatur, non intelligit. Scriptum quidem dicitur mutuam pecuniam tibi datam esse: sed scriptum simulate, dum scilicet id agitur, ut emptio quæ contracta erat, sit emptio, et perseveret re vera; verumtamen tanquam ea contracta non esset, simuletur verbis mutuum. Quod significant illa verba, *simulatis pro infectis habitis.* Non ergo mirum, si hic pecunia, quam ex empti caussa debebas, non efficiatur mutua: quippe non id agebatur, ut esset mutua. Nos mutuam fieri dicimus, sed conventione, non aliter: tantumque abest, ut id negetur superiore rescripto, ut ma-

maxime confirmetur. Cum enim dicitur pecuniam ideo pro mutua, haberi non posse, sed veterem obligationem empti manere, quia simulata pro infectis habenda sint: satis declaratur, si serio inter nos actum esset, ut pecunia quam mihi prius debebas, tibi esset mutua, potuisse conventione fieri mutuam; quod ita fieret, si inter præsentes, et eos inter quos pecunia dari potuit, id convenisset. Ita manebit superior sententia et distinctio, ne his quidem locis, qui plerosque valde impediunt, in al-
34 terutram partem imminuta. † Sed quoniam dum in specie proposita pecuniam debitori meo conventione sola mutuam fieri volumus, eum debitorem esse volumus, qui præsens pecuniam dare potuerit, dum inter nos conveniebat: an exigimus, ut pecunia sit præsens, et in creditoris conspectu? Minime. In cospectu poni oporteret, si vellemus creditorem re vera dominum pecuniæ fieri: sic enim re vera efficeretur dominus, si cum res esset in conspectu ejus posita, hoc animo esset, ut vellet eam sibi acquiri. *L. pecuniam*, *infr. de sol. L. 1. §. si jusserim*, *infr. de acquir. rer. dom.* Nunc autem satis esse dicimus, si pecunia videatur ei data; quamvis re vera ejus non fuerit. Id autem ita fiet, si debitor pecuniam habuerit, quam creditori dare posset, ut sic videatur rursum a creditore ad illum rediisse. Quid ergo? an saltem probari oportebit fuisse paratam debitori, quam daret? Ne id quidem: alioqui etiam in conspectu creditoris eam esse oporteret, ut dici certo posset debitorem eam pecuniam apud se habuisse. Satis est igitur, si per rerum naturam dare potuit, et non probatur pecuniam apud eum non fuisse, quam daret: nam hoc probato quæstio tollitur. Quod tunc plane fit, non solum cum debitor præsens non fuit, sed etiam cum pecunia certa fuit, quam ille præsens fateretur esse domi suæ, non ad manum ita, ut paratus esset eam dare: quam speciem esse diximus. *L. qui negotia*, *mand.* Quæ probatio in cæteris rebus, in quibus mutuum consistit: ut oleo, vino, frumento, facilior est, quam in pecunia. Nam hæ res cum certis locis tantum habeantur propter earum magnitudinem, et naturam, non ut pecunia, quæ ubique haberi potest, etiam ubi aliis ignoretur: facile sciri potest, ubi sint, et utrum debitor ejusmodi res habuerit, quas tum dare posset, cum de his mutuo dandis ageretur, an non habuerit. Quare si quis cum tot dolia vini vendidisset, petierit ab emptore, ut id vinum mutuum ab illo haberet: non difficile erit dicere venditorem nullam cellam tum habuisse, aut in cella ejus nihil vini fuisse, quod tradere posset, si vellet: quod si fit, mutuum non erit.

† Mutuo in specie proposita constituto, 35
illud notandum est, eodem tempore evenire, ut debitor qui pecuniam crediti nomine retinet, ex priore caussa liberetur, et idem obligetur ex nova caussa mutui. Nam si videtur ex hac conventione pecunia mihi ab illo data esse, ut dicimus: fit ut videatur is mihi solvisse, ideoque solvendo liberetur: uti eveniret in specie superiore, si jussissem debitorem meum tibi solvere, ut pecunia tibi mutua, et ille solvisset: nam et hic eodem facto a me liberaretur, et tu ex mutui caussa mihi obligareris. *L. 3. §. ult. infr. de don. int. vir. et uxor.* Hoc ergo loco quæret aliquis, videaturne hoc satis ex jure constitui, quod isto modo placet conventione obligationem veterem tolli, et constitui novam: cum ita jus sit, ne prioris obligationis novatio fiat, nisi stipulatione, et tunc cum posterior obligatio nominatim interposita est ea lege, ut novatio fieret. *L. 1. infr. de novat. L. ult. C. eod.* Quorum neutrum in proposito intervenit: nam neque de novatione hic quidquam cautum est, et sola conventio intercessit de pecunia credita, non stipulatio: alioqui obligationem de pecunia contractam esse Ulpianus non dubitasset, nec ad id probandum, quod erat juris certi, opus esset argumentatione. *L. 2. L. ex pretio*, *in fi. C. eod.* Et si quidem conventione diceretur hic prior obligatio tolli, et constitui nova mutui, non deberet dubitari, quin utrumque pariter adversus jus certum constitueretur, et quod placeret prioris novationem fieri conventione, et quod placeret eadem conventione contrahi mutui obligationem, quæ nisi re non contrahitur. Sed animadvertendum est utrumque hic constitui propriis et veris rationibus. Prior obligatio tollitur, non sine conventione quidem; non tamen hac conventione, sed solutione, dum debitor pecuniam quam dare poterat creditori, et in hanc rem paratam habebat, videtur ei dedisse, atque hoc modo illi ex priore caussa solvisse. Constat solutione jure civili tolli obligationem multo magis, quam novatione. Nova autem mutui obligatio contrahitur tunc, cum convenit, ut debitor crediti nomine pecuniam retineret: non tamen contrahitur hac conventione, sed quia ut ille videtur prius pecuniam dedisse creditori, qua solutione liberatus est: sic eodem tempore videtur pecunia a creditore in illum profecta: quæ

res jure civili mutuum constituit. Demus hujusmodi aliquas species, ubi cum convenerit, ut debitor quam pecuniam ex alia caussa mihi debebat, eandem ex nova caussa mihi deberet, dici is possit eo facto videri mihi pecuniam dedisse, et ego in illum transtulisse: recte hic quoque dicemus eadem ratione priorem obligationem tolli posteriore sola manente: veluti, si mulier debitori suo nuptura dotem promittat, quod is sibi deberet. Nam et hic placet sic dotis obligationem constitui, ut vetus tota tollatur, perinde ac si solutum debitum mulieri in dotem ab ea datum esset. *L. si mulier*, *infr. de jur. dot.* Idem est, et si pro Sticho quem maritus mulieri debebat, mulier ei velit decem esse in dotem. Nam et hic perinde habetur, quasi vir hæc decem pro Sticho solvisset mulieri, et eadem rursum in dotem ab ea accepisset: qua ratione fit, ut priore solutione tollatur Stichi obligatio, quia aliud pro alio solvi potest: et posteriore acceptione eadem decem in caussam dotis convertantur. *L. si ei nuptura*, *infr. de jur. dot.* Quod si nihil tale dici potest: nunquam posterior conventio, etiam quæ de eadem re interposita sit, et obligationem pariat, priorem obligationem tollet, sed ex utraque pariter agi poterit: ne incipiat dici aut sola conventione fieri novationem, aut tunc ubi nominatim id actum non est, ut fieret: quæ ratio satis esse debet: ad hoc tamen confirmandum utcunque facit. *L. si remunerandi*, *§. apud Julianum*, *infr. mand. L. duo*, *infr. pr. soc.*

Ad L. Si Socius. 16.

Paulus lib. 32. ad Edictum.

Si socius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam (pecuniam) facit, licet cæteri dissenserint. Quod si communem numeravit, non alias creditam efficit, nisi cæteri quoque consentiant: quia suæ partis tantum alienationem habuit.

S U M M A R I U M.

1. *Fiscus ipse si pecuniam cum alio communem totam mutuo dederit, non pro majore parte creditam facit quam sua.*

QUI pecuniæ dominus est, et ejus alienationem habet, quatenus eo jure est, is mutuam dando, eatenus mutuam facit: quia hoc solum in mutuo quæritur, ut qui dat, rem faciat accipientis. *Inst. quib. mo. re contrah. obligat. in pr.* Proinde socius si pecuniam suam aliquam mutuo det, totam mutuam faciet. Nec ad rem pertinet, quod societatem cum aliquo forte contraxerit, cujus jure debeat pecuniam suam omnem cum socio communicare. Non enim eo minus pecuniæ suæ dominus est, quia socium habet, si nondum pecuniam cum illo communem fecit. Contra si pecuniam cum socio communem det mutuo, quia totius pecuniæ dominus non est, eoque partis alienationem non habet: non potest totam mutuam facere, nisi cæteri consentiant. Quominus tamen pro parte mutua efficiatur nihil est impedimento. *L. ejus*, ver. *quas vero pecunias*, *infr. eod.* Quam partem hic intelligere debeamus, numero divisam, an indivisam in singulis corporibus, dictum non est ad *L. nam etsi §. ult. supr.* † Cum autem dixerimus eam nu- 1
mero dividi: eveniet, ut nec fiscus si centum cum socio communia mutua dederit, majore ex parte mutua efficiat, quam pro quinquaginta, quia hæc sola fuerunt ejus, et quidem divisim. Nam quod privilegium fisci esse dicitur, ut rem quam cum alio communem habet, et cujus partis dominus est, possit totam vendere, *L. 2. C. de com. rer. alieno* in corporibus, quæ pro indiviso communia sunt, constitutum est, ut facilius pro utilitate fisci reperiant emptorem: in his enim vere dicitur fiscus partis esse dominus. In pecunia autem ubi partes divisæ sunt, singulæ totum efficiunt non partem. *L. recte*, *infr. de ver. sig. L. si quis*, *§. si quis duas*, *infr. com. præd.*

Ad L.

Ad L. Cum Filiusfamilias. 17.

Ulpianus lib. 1. Disputationum.

Cum filiusfamilias viaticum suum mutuum dederit, cum studiorum caussa Romæ ageret: responsum est a Scævola, extraordinario judicio esse illi subveniendum.

SUMMARIA.

1. *Filiusfamilias quibus ex caussis actionem suo nomine non habeat jure civili.*
2. *Filiusfam. quibus ex caussis utili judicio et extraordinario agere possit, et quibus conditionibus.*
3. *Utilis actio datur tantum filiof. et cur.*
4. *In factum eadem, et* L. in factum, D. de ob. et act. *explicata.*
5. *Extraordinaria eadem hic dicta, et cur, et quid sit ordo.*

Non temere est, quod in actione filiofamilias ad mutuum repetendum danda hic proponitur filiusfamilias studiorum caussa Romæ egisse: item quod dicitur in ea re extraordinario auxilio illi subveniendum esse. Utrumque ex hoc jure efficitur.
1 † Nam si filiusfamilias extra caussam castrensis, aut quasi castrensis peculii, nempe in peculio profecticio, aut adventicio aliquid contrahat: item si quod in his damnum, aut furtum patiatur, earum rerum omnium obligatio et actio non filiofamilias acquiritur, sed patri. *Inst. per quas pers. nob. obl. acq.* De actione ex caussa peculii profecticii nata ita jus vetus fuit, et nunc est. §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* Sed nihilominus etiam nunc idem constitutum est de actione, quæ nata sit ex caussa peculii adventicii: hanc enim pater solus exercet ut suam, licet ex consensu filii, si filius præsens sit; et pubertatem excesserit. *L. ult.* §. *ubi autem, C. de bo. quæ lib. d. tit. per quas pers. nob. obl. acq. in pr.* Et hoc quidem jus in cæteris rebus obtinet. Illud etiam hodie proprium est pecuniæ, vini, olei, cæterarumque rerum, quæ usu consumuntur, ut quemadmodum hæ per filiumfamilias, quamvis aliunde quæsitæ, pleno jure patri acquiruntur, quoniam earum ususfructus, quem Justiniani constitutio patri tribuit, aliter ei acquiri non possit: *L. si vini, supr. de usuf. ear. rer. quæ us. con.* sic et his mutuo datis actio in totum sit patris, ut de re ad patrem pertinente quæsita. Si actio patri quæritur, filiusfamilias ex his caussis actionem non habet quam quidem suo nomine exerceat: nam patris nomine tanquam procurator experiri potest etiam sine mandato, dum modo satisdet patrem ratum habiturum. *L. sed et hæ. L. Pomponius, §. ult. supr. de proc.* † Sed hoc subtilitas juris exigit. Cæterum propter utilitatem receptum est, ut 2
ex his ipsis caussis, ex quibus patri actio competit, liceat filiofamilias experiri suo nomine, ut indicant *L. si longius*, §. 1. *supr. de jud. L. filiusfamilias. L. in factum, infr. de obl. et act.* Sed receptum hoc non passim, et prout filio visum fuerit; sed duntaxat his conditionibus, si denegata filiofamilias actione periculum sit, ne ipse aliquo incommodo afficiatur, ipse autem peregre degat, pater absit, et nemo sit, qui patris nomine experiatur. Ex quo est, quod hic proponitur filiusfamilias Romæ studiorum caussa fuisse: declarantur hæc in *d. L. si longius*, §. 1. *supr. de jud. L. filiusfamilias, in pr. sup. de proc. L. sed si unius.* §. *ait prætor, si ei, infr. de injur.* Atque hoc receptum primo jus est in certis tantum caussis ex sententia Iuliani, puta injuriarum, quod vi aut clam, depositi, commodati, quæ sententia refertur, in *d. L. filiusfamilias infr. de obl. et act.* Sed Ulpianus motus æquitate rei, et ratione Juliani, et, ut apparet, sententia Scævolæ, quæ hic ab eo refertur, sententiam Juliani ad omnes caussas produxit: probavitque sive ex maleficio agatur, quod filiusfamilias in peculio passus sit, sive agatur ex ejus contractu, ut quia depositum, commodatum, aut mutuum repetat, permittendum esse illi de eo experiri, non procuratorio nomine, quod jure publico et directo facere potest, dum satisdet: *d. L. sed et hæ, supr. de proc.* sed nomine suo, si neque pater præsens sit, neque sit quisquam, qui patris nomine agat: ne scilicet si filius suum viaticum non recipiat, fame pereat, et impu-

pune injuriam patiatur. Hæc Ulpiani sen-
tentia est pluribus exposita in *d. L. si lon-*
3 *gius*, §. 1. † Superiori juri illud consequens
est, quæcunque hic actio filiofamilias da-
bitur suo nomine, hanc solum utilem fore,
non directam. Et utilis tantum nominatim
datur in *d. L. si longius*. Et recte. Nam
directa est, quæ ex verbis juris competit;
hæc ex caussa peculiari quæsita tantum patri
datur. Quod si quando datur filio, datur ex
æquo et bono, cessantibus verbis legis dun-
taxat ex legis sententia propter utilitatem:
hujus autem generis actio appellatur utilis.
§. ult. Inst. de leg. Aquil. Nec quia dici-
tur in *d. L. filiusfamilias suo*, *infr. de
obl. et act.* filiumfamilias habere quasdam
actiones suo nomine, ideo intelligere debe-
mus eum habere directas: in quo turpis
error Accursii, et Bartoli animadvertendus
est. Nam et qui utiles actiones habet, eas
suo nomine intendit et exercet. *L. procu-
ratore in rem*, *supr. de proc. L. ult. C.
quan. fis. vel pri.* Dicitur autem utilis inter-
dum *in factum*, ut ex duobus locis inter se
collatis intelligitur. *§. ult. Inst. de leg. Aq.*
4 *et L. boves*, *supr. ad leg. Aq.* † Hinc il-
lud est, quod ab eodem Ulpiano traditur
in *L. in factum*, *infr. de obl. et act.* in
eandem sententiam: *in factum actiones
etiam filiosfamiliarum posse exercere.* Ubi
actionum verbo perspicuum est eum non
unam actionem, quæ ex certa aliqua caussa
competat, puta mutuo, intelligere, sed plu-
res. Eæ sunt autem eædem, quas ex ipsius
sententia ex omnibus caussis potest filiusfa-
milias exercere: quæ cum sint variæ et ex
diversis caussis, idcirco actiones dixit plu-
rali numero non actionem. Et quod ait,
potest exercere: sic accipiendum est, ut
possit suo nomine ut est in *d. L. filiusfa-
milias*, *non procuratorio*, nam hoc nomi-
ne potest exercere et directas et utiles,
non tantum quæ patri, sed etiam cuivis
extraneo competunt. *L. filiusfam.* illic, *ipse
quoque filius*, *supr. de proc.* † Hæc eadem 5
utilis illa est, quæ dicitur extraordinaria
hoc loco. Nam ordo ritum et morem usi-
tatum præscriptum in rebus gerendis signi-
ficat: unde quæ usitata via et more jure
civili constituto fiunt, dicuntur ordine fie-
ri; quæ contra, dicuntur fieri extra ordi-
nem. *L. 3. in pr. infr. ne vis fiat ei.* Si-
militer et ea, quæ jure publico conceduntur,
tur, dicuntur esse ordinaria, quia usitata;
contra quæ jure civili et communi denega-
ta tribuuntur beneficio magistratus, ea di-
cuntur auxilia et remedia extraordinaria,
quibus læsis subvenitur, ne incidant in captio-
nem. *L. in caussa*, 2. *supr. de minor.* Ta-
lis est hæc actio, quæ patri jure competens
humanitatis ratione datur filio præter regu-
las juris, ut ei subveniatur.

Ad L.



Ad L. si ego 18.

Idem lib. 7. *Disp.*

Si ègo pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias: Julianus scribit donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum est. Et puto nec mutuam esse: magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit: licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit: quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias: nec depositum, nec mutuum est. Idem est, et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam obstentandi gratia accepi. Sed in utroque casu, consumptis nummis, condictioni sine doli exceptione locus erit.

SUMMARIA.

1. *Mutuum nullum inter dissentientes; et hoc quam late pateat.*
2. *Dissensus in dominio rei traditæ facit, ut neutrum contrahatur ex his, quæ contrahentes senserunt.*
3. *Donationis caussa nummi dati exstantes repeti possunt ab eo, qui alio animo accepit: nulla exceptione repetenti obstante.*
4. *Consumpti condici in ea specie possunt, et qua condictione; sed obstat agenti exceptio: quæ, et cur.*
5. *Ex alia quam donationis caussa nummis datis, si alio animo accepti sunt, et exstantes vindicari, et consumpti sine metu exceptionis condici possunt.*
6. L. cum in corpus, D. de acq. rer. dom. *explicata, et conciliata cum hac.* L. si ego.

QUod sæpe jam diximus, mutuum et similes contractus, qui re fieri dicuntur, non sic dici, quin desiderent et consensum: *L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* non hanc solum vim habet, ut pecunia quæ data est, non sit mutua secus, quam is qui dat, voluit esse mutuam, sive det mutuam, ne ex parte repetatur; *L. rogasti*, §. *si tibi supr.* sive det, ne sit mutua ante, quam conditio aliqua exstiterit; aut ne repetatur ante certum diem. *L. omnia*, *L. proinde seq.* sed etiam ut nihil prosit eum, qui dedit pecuniam, dedisse ut mutuam, nisi et qui accipit, in eandem caussam consentiat. Non est enim consensus, unius tantum voluntas, dantis aut accipientis, sed duorum simul dantis et accipientis in eamdem caussam et eandem rem consentientium, similiter ut conventio et pactio. *L.* 1. §. *de pact. L.* 3. *infr. de poll.* Et hoc posterius de dissensu dantis et accipientis in caussis dandi accipiendique ea pars est, quam attingit hoc loco Ulpianus, in qua explicatius docet in hoc dissensu in utramque caussam, quam animo sibi fingunt contrahentes, penitus nihil agi. Ut autem intelligatur non esse id proprium mutui, exemplis declarat pertinere hoc ad omnes contractus, et omnia negotia, quæ re, idest, rei traditione, et acceptione inter aliquos perficiuntur. In quo præter mutuum exemplis utitur depositi, commodati, donationis, et in omnibus eadem cum mutuo definitione utitur: et recte. Nam et depositum et commodatum itidem contractus sunt, qui re fiunt, ut mutuum: ut non minus, quam mutuum, et rem et consensum desiderent. Donatio et ipsa nisi re tradita non perficitur. *L.* 1. *infr. de don. L. senatus*, §. 1. *infr. de mor. cau. don.* Etsi autem non est contractus, ut quæ accipientem ad reddendum non obliget: *d. L.* 1. *de don. L. si repetendi*, *C. de con. ob cau.* tamen cum facto duorum perficiatur dantis et accipientis, non minus constat et ipsa consensu. *L. in omnibus rebus*, *infr. de obl. et act.* † Sic ergo de his generaliter definit (nam hæc exemplorum summa est, cum de negotio perficiendo quæritur) quoties ex una aliqua harum caussarum pecunia alicui datur, si is qui accipit, in eandem caussam non consentiat, sed hoc animo sit, ut ex alia caussa accipiat: sic in utramque partem nihil agi, ut neque sit id negotium, quod qui dabat, voluit, neque id de quo, qui

qui accipiebat, sensit. Ut puta, ego pecuniam tibi quasi donaturus dedi: tu quasi mutuam accipis. Neque donatio erit, inquit, neque mutuum. Donatio, quia in eam non sit consensus accipientis. Mutuum, quia rursum in id non consensus dantis. Idem est, si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias: ut contra ego tanquam mutuam pecuniam tibi dem, tu quasi depositam, aut tibi commodatam ostentandi caussa accipias. Nam et hic, inquit, nec mutuum erit nec depositum, nec commodatum eadem ratione. Qua in re, ut ex consensu, quem in his exigimus, intelligimus eum effectum qui hic traditur: sic vice versa hoc effectu dissensus in his constituto, ex effectu ad caussam facile pervenimus, intelligimusque in his negotiis et contractibus qui re fiunt, præter rei traditionem etiam consensum hoc loco confirmari. Ex superiore autem sententia incidit quæstio in hoc dissensu de pecuniæ datæ repetitione, quam ideo admiscet, et tractat Ulpianus. Nam cum hic nullum negotium contrahatur, neque id quod qui dedit, neque id quod qui accipit, voluit, et tamen pecunia re vera data sit: quæritur, possitne is qui dedit, semper eam pecuniam repetere, quæ apud accipientem sine caussa esse deprehenditur; an contra ideo non possit, quia ipse nullam repetendi caussam habere videtur, quoniam nulla contracta est: aut si aliquando potest, an saltem tunc non possit, cum pecunia donandi animo ab illo data est. Qua in re caussa dandi alias ab aliis distinguit Ulpianus. Et aliud jus esse ostendit in ea specie, cum ego quasi donaturus tibi dedi, tu quasi mutuum accipis; aliud quoties ego non quasi donaturus dedi, sed aut quasi deponens, aut commodans, aut mutuans, tu quasi ex alia quavis caussa accipis: deque eo in summa ita statuit, ut in priore quidem specie nummi dati exstantes repeti omni modo possint, consumpti non possint; in altero autem genere pariter repeti possint et consumpti et exstantes sine ulla exceptione. Quod an ita sit, expensis Ulpiani verbis, et ratione singulorum cognita intelligetur.

Ait, MAGISQUE NUMMOS NON FIERI ACCIPIENTIS) Dixerat: *si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, nec donationem esse nec mutuum.* †
3 addit, *magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit.* His verbis, *magisque nummos accipientis non fieri*, etsi proprie de dominio respondere videtur, vi tamen ipsa de repetitione respondet. Sive enim his verbis intelligimus nummos omnino non fieri accipientis: is qui dedit, mansit eorum dominus: proinde exstantes suo jure vindicabit, *L. rogasti*, §. *ult. supr. eod.* sive intelligimus nummos accipientis non fieri perfecte, quia fiant quidem ejus, sed ita ut ei avocari possint: hoc ipso declaratur eos condici posse. Utrum horum accipere debeamus, quia pendet ex conciliatione hujus loci cum *L. cum in corpus*, *infr. de acq. rer. do.* quæ res paulo plura verba desiderat; postea separatim commodius dicetur: quam tractationem in extremum locum rejeci. Nunc hoc constabit, sive hoc sive ullo modo accipiemus, semper statui his verbis in specie proposita nummorum a me tibi datorum repetitionem, sive placet me eos vindicare posse, sive tantum condicere: atque hoc præcipue agere Ulpianum illis verbis, ut hanc repetitionem statuat, cum ex eo existimare possumus, quod nihil magnopere ad rem pertineat in hac specie de dominio nummorum quærere, nisi quatenus intelligatur eos propterea repeti posse: tum maxime ex eo, quod idem uno contextu subjicit de condictione nummorum consumptorum: de quorum repetitione non fuit, cur potius ageret, quam de repetitione exstantium. Nummi ergo a me tibi dati quanvis donationis caussa, si tu eos quasi mutuos accipias, a te repeti possunt. Generaliter hoc Ulpianus de nummis a me datis; sed de exstantibus eum sentire ex sequentibus manifestum est. De consumptis enim subjicit, ita eos tuos fieri, ut nec jure possint tibi auferri. Tuos fieri ostendit, cum ait te eorum nomine condictione teneri: nam si mei semper mansissent, aut tu eos mala fide desiisses possidere, etiam nunc eorum nomine mihi vindicatione tenereris: quia perinde haberetur, quasi exstarent, et tu eos possideres. *L. qui petitorio*, *supr. de rei vind. L. parem*, *L. qui dolo*, *infr. de reg. jur.* Avocari tibi non posse declarat, cum te de his conventum exceptione doli uti posse ait. Prius ergo de exstantibus, post agit de consumptis. Sed an non exstantes nummos seu vindicanti seu condicenti mihi doli mali exceptio obstabit, itidem ut obesset consumptos condicenti? Quidni vero obstet, dicat aliquis, ut qui exstantes contra voluntatem repetam? nam qui donationis caussa dat, ita dat, ne unquam repetat. *L. 1. supr. de don.* Et hoc Accursio ita videtur, quem et Bartolus, et alii plerique sequuntur. Sed perspicuum est Ulpianum hoc sentire sic in proposito exstantes nummos repeti posse, ut qui repetit,

tit, nulla exceptione summoveatur. Ait enim exstantes accipientis non fieri. Si is qui dedit, quominus eos repetat, aliqua exceptione prohibetur, nummos fecit accipientis, non verbo tenus, sed cum effectu. Quid est enim rem facere accipientis, nisi ita dare, ut apud eum qui accepit, mansura sit, quia nemo possit avocare? Certe qui ita accipit, dicitur cepisse, idest, ita accepisse, ut habeat. *L. aliud est capere, infr. de ver. sig. L. non videtur cepisse, infr. de reg. jur.* Nec vero quisquam ita cepisse dicitur, nisi quia alius dedit. Indicat id non minus distinctio de consumptis nummis continenter subjecta: Ait enim, si is qui nummos accepit, eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti posse. Si eadem exceptione removeri potest, qui exstantes repetit: inepte consumptis tribuitur, quod pariter et ad exstantes pertinebat. Quid ratio ab Ulpiano de consumptis subjecta, an non idem evidenter ostendit? *Qui nummos accepit*, inquit, *si his consumptis condictione conveniatur, doli exceptione uti potest: quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.* Huic rationi certum est in exstantibus nummis locum esse non posse. Neque enim dici possunt secundum voluntatem consumpti, qui ne consumpti quidem sunt. Et vero hoc ita est, ut qui exstantes nummos repetit, nulla exceptione doli possit removeri. Nemo enim dolo facit, qui suo jure utitur. *L. nullus, infr. de reg. jur.* Utitur autem in proposito, qui exstantes repetit. Nam si adhuc eorum dominus est, recte suos vindicat, et suo juro. Si dando dominus esse desiit; tamen si nummos ex donationis caussa dedit, et revocata voluntate fecit, ut exstantes sint apud accipientem sine caussa, non minus jure eos condicet, quia jure habet condictionem sine caussa, ut postea dicetur. *L. 1. infr. de cond. sine caus.* Quapropter si neque vindicanti exstantes nummos, (si modo vindicare potest) neque condicenti, idest, suo jure utenti ullus dolus objici potest: ne potuit quidem objici doli mali exceptio. Sed an non obstabit repetenti donatio, cum animo donandi dederit, et jus perfectam donationem non permittat revocari? *L. si repetendi, C. de cond. ob. caus. L. si donationem, L. velles, C. de revo. don.* Obstaret donatio, si hic ulla esset; sed nullam esse diserte Ulpianus scribit, quod et certum est. Nihil enim agit voluntas domini rem suam alii donare volentis, nisi et qui accipit, rem ut donatam accipiat. *L. in omnibus rebus, infr. de ob. et act.* Quid voluntas ipsa dantis, an non saltem hæc sola illi etiam sine donatione obstabit? Etsi enim hic donatio nulla est; tamen negari non potest, quin qui donationis animo dedit, ita dederit, ne unquam repeteret, ut ante dixi. *L. 1. infr. de don. L. 1. infr. de prec.* An non igitur recte retinebuntur nummi: qui retinentur secundum ejus voluntatem, si non jure summo, quod fieri non posse concedimus, at certe opposita doli mali exceptione, de qua quæritur? Nam qua alia ratione consumpti per exceptionem retinentur, nisi quia secundum voluntatem consumpti sunt, ut postea scriptum est? Et si quidem retinerentur exstantes nummi secundum voluntatem dantis, non negarem repetentem exceptione doli removeri posse eodem exemplo, quo et qui secundum voluntatem consumpti sunt, retinentur. At aperte mutatur hæc voluntas: cum is qui dedit, nummos repetit. Voluntate mutata non possunt omnino nummi amplius dici retineri secundum ejus voluntatem, ut quæ mutata esse desierit. Quominus autem is qui donationis caussa dederit, ubi donatio admissa non est, rebus integris voluntatem revocare possit, nihil est impedimento. Sola enim obligatio, aut conventio cum adversario de donando interposita quominus a priore voluntate recederet, illi obesse potuit. *L. sicut, C. de ob. et act. L. 1. supr. de pac.* Hæc conventio in proposito inter dissentientes nulla est. Et omnino huc pertinet, quod per occasionem precarii revocandi scriptum est in *L. 2. infr. de* prec. *natura æquum esse, tandiu quemque liberalitate mea uti, quandiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem.* Quod enim pecuniam donationis caussa a me datam tenes, nec repeto, cum tu alia opinione acceperis: est beneficii mei et liberalitatis, non ullius conventionis, cum hæc nulla intervenerit, ut tibi donarem: proinde licebit id revocare, cum velim.

Videamus tamen, ne hic nobis obstet, quod de nummis consumpti postea dicitur. Nam si semel secundum voluntatem dantis consumpti sunt, placet nihil ei prodesse voluntatem revocare, quo magis eos repetere liceat. Cur ergo magis id facere liceat in exstantibus, ac non satis sit eos aliquando secundum voluntatem accepisse? Non utique, quia non pariter et consumptis et exstantibus nummis liceat revocare voluntatem, quæ nulla necessitate obligationis aut conventionis tenebatur; sed quia non est satis ad repetitionem voluntatem mutare, nisi ea mutata dici possit nummos aliquando apud accipientem sine vo-

lun-

luntate dantis fuisse. Id quod in exstantibus contingere potest: qui simul atque repeti cœperint, incipiunt haberi contra dantis voluntatem: unde et repetitio sine metu exceptionis. At in his qui secundum voluntatem dantis semel consumpti sunt, dici idem omnino non potest. Nam quamdiu exstiterunt, habiti sunt secundum voluntatem, quæ revocata non fuit. Postquam autem consumptione apud accipientem esse desierunt, quamvis voluntas mutetur postea; tamen neque dici possunt haberi contra voluntatem tunc, cum repetuntur, quia tunc non sunt: neque tunc habiti fuisse, cum sunt consumpti, aut ante: quia utroque tempore habiti sunt secundum voluntatem. Neque porro quominus id ita factum sit, ulla voluntatis mutatio in præteritum potest efficere: facta enim infecta fieri non possunt. *L. in bello*, *§. facti*, *infr. de capt.* Sed si superiora nihil obstant: videamur saltem, ne nos movere debeat locus in contrariam sententiam a Bartolo allatus. Ille enim etiam in nummis exstantibus competere accipienti exceptionem, evidenter probari putat *L. si tibi dederim*, *infr. de donat.* ubi ego tibi rem dedi, ut Titio meo nomine donares: donasti, sed tuo nomine: respondetur subtilitate juris rem accipientis factam non esse: itidem ut hic, cum tibi quasi donaturus dedi, tu alia mente accipis, scriptum est nummos tuos non fieri: et tamen illic adjicitur, si agam contra Titium, qui rem accepit, exceptione doli me summoveri. Ex quo videtur, et in proposito idem dicendum esse de iis nummis, quos tibi donatos alia mente acceperis. Sed exemplum nihil ad rem pertinet. Ut enim in eo rem Titio donatam volui: sic et illi, ut volui, a te donata est, et ut donata est, ita etiam ut donatam accepit. Quid mirum, si perficitur donatio, in quam ego et ille consensimus? Sane in eo dissensus fuit, quod ego Titio donatum volui meo nomine; tu autem donasti tuo: et ille itidem eo nomine accepit. Quæ res caussam attulit, cur videretur summo jure res non esse facta accipientis. Sed in verbis hic dissensus fuit: in re ipsa nullus est. Quod enim volui, ut tu Titio donares meo nomine, huc spectabat, ut primum quidem res ad illum perveniret donationis caussa, deinde intelligeret rem a me, et mea liberalitate in illum proficisci. At horum utrumque fit, cum tu donasti quamvis tuo nomine. Nam præterquam quod hoc modo res ad Titium pervenit ex donationis caussa, ut volui: etiam hoc evenit, ut cum cognitum fuerit, quomodo hic res gesta sit, et cur tu Titio donaveris, simul ille intelligat vere rem a me profectam esse: cum nisi tibi dedissem, res ad illum non pervenisset: et intelligat a me esse donationem, cum tu illi non donasses, nisi a me accepisses ea conditione, ut donares. Verum est ergo, quod supra posui, cum in caussis dandi et accipiendi dissensum est, ut nulla obligatio omnino contrahitur, ita quod ad repetitionem pecuniæ datæ attinet, nummos exstantes omni modo repeti posse, etiam in ea specie, cum ego tibi dedi quasi donaturus, tu quasi mutuos accepisti.

De genere actionis ad extremum intelligetur, cum exposuero, an et quatenus in hac caussa nummi non fiant accipientis. † Non 4
eadem caussa est in eadem specie nummorum consumptorum. De quorum repetitione jam ante nonnihil attigimus, quia in nummorum exstantium comparatione explicanda ita facere necesse fuit: sed in eo non sunt omnia. Quapropter ne quid in verbis Ulpiani nos fugiat, quid de horum repetitione scribat, breviter consideremus. Ait igitur: *Quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit: quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.* Condictione ergo tenetur, qui accepit. An furtiva, quasi furtum nummorum fecerit, qui eos contrectavit? nam prius dixerat nummos non fieri accipientis. Minime, ne si poneremus quidem nummos ejus plane factos non esse, sed mansisse alienos. Nummi enim secundum voluntatem dantis consumpti sunt: nemo autem rei alienæ furtum facit qui eam aut volente domino contrectat, aut eo volente se contrectare existimat. *§. placuit*, *§. sed etsi*, *Inst. de ob. quæ ex del. nasc.* Sed erit, quod omnes concedunt, condictio sine caussa. Cum enim nummi dati sint donationis caussa, quæ caussa nulla est: apparet eos apud accipientem sine caussa esse: quod cum fit, condictio sine caussa competit. *L. 1. in fin. infr. de cond. sine causs.* Hæc condictio jam a principio danti nata est, si dominium nummorum translatum est in accipientem, ut puto transferri: itaque et nummis exstantibus dabitur. Quod si exstantibus: non mirum, si his consumptis perseveret: quoniam dominio eorum translato non eadem species deberi cœpit, sed, ut in mutuo, idem genus, quod etiam consumptis nummis semper idem futurum est. Quod si placet dominium nummorum ab initio translatum non esse: non competet quidem danti condictio nummis exstantibus, cum non conve-

venerit de aliis reddendis, eandem autem speciem quæ sit condicentis, nemo condicere possit præterquam a fure. §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Sed si nummi consumpti fuerint: fit, ut consumptione intelligantur pervenisse ad accipientem, unde et in eum nascetur condictio quasi dominio in illum translato. *L. non omnis §. si pupillus, infr. eod.* Non possit autem ne hæc quidem condictio esse alia, quam illa de qua dixi, idest, sine caussa: cum etiam hoc modo nummi reperiantur ad consumentem sine caussa pervenisse. Enimvero competit hæc condictio consumptis nummis ipso jure: sed qui accepit, si conveniatur, *doli mali exceptione uti poterit*, inquit Ulpianus. Sed videamus, ne hæc non possint consistere. Quid enim? volumus esse condictionem sine caussa? exceptionem tollimus. Non enim competit condictio sine caussa, nisi quia pecunia ad accipientem sine caussa pervenit. *L. 1. in fi. infr. de cond. sin. cau.* Quod si fit, quomodo dolo, aut inique facere videri potest, qui eam pecuniam repetit: cum constet unam hanc condictionem ex bono et æquo maxime esse introductam, quæ quod alterius apud alterum sine caussa deprehenditur, revocat? *L. pen. infr. de cond. ind.* Dolo autem actionis sublato, et æquitate condictionis constituta, non exceptio tantum doli, sed etiam alia quævis tollitur. *Inst. de exc. in pr. et deinceps.* Rursum volumus exceptionem doli dari? hoc ipso non competere condictionem confirmamus. Non enim alia de caussa exceptio doli datur, quam quod justa caussa est pecuniæ retinendæ posita in dantis voluntate, qui pecuniam donatam voluit. Quod si habendæ pecuniæ aliqua caussa est, non est pecunia sine caussa apud accipientem. Quo posito simul et condictionem sine caussa etiam ipso jure competere negamus. Et hæc ita essent, si in condictione sine caussa, quæ in specie proposita datur, verbo caussæ quamlibet caussam et rationem dandæ retinendæque pecuniæ intelligeremus. Nunc autem pecunia hic data proponitur caussa donationis, et accepta mutui caussa. Quibus verbis intelligimus eas caussas ex quibus dominium transfertur, et quæ eædem constant duorum consensu: denique eas quarum neutra in proposita intervenit. Nam nec donatio est, ut diximus, nec mutuum. Quo fit, ut recte hic dicatur pecuniam ad accipientem pervenisse sine caussa: quoniam pervenit sine ea caussa ob quam vel data, vel accepta est. Unde et condictionem sine caussa jure civili nasci necesse est. *d. L. 1. in fin. de condict. sin. cau.* Sed quamvis hic nulla hujusmodi transferendæ pecuniæ caussa sit: est tamen aliqua retinendæ, quæ si nihil transfert, tamen facit, ut pecunia a dante honeste repeti non possit. Ea est voluntas dantis donationis caussa, si secundum hanc voluntatem nummi sint consumpti. Nam qui dedit hoc animo, ut pecunia perpetuo esset apud accipientem, is sine dolo pecuniam contra voluntatem repetere non potest, si voluntas ejusmodi est, quæ nulla pœnitentia possit revocari, quin semper verum sit pecuniam haberi ex dantis voluntate: quod accidit in nummis donationis caussa datis, si semel secundum voluntatem dantis consumpti fuerint. Hinc exceptio doli adversus nummorum consumptorum condictionem. Cur non eadem sit exceptio in nummis exstantibus, supra diximus. Sed quid sibi vult, quod in hac exceptione danda ita scribit; *quare si eos consumpserit*, et quæ sequuntur? hoc enim ita subjicit: quasi exceptionem istam ex præcedentibus colligat. Prius autem dixerat in specie proposita nec donationem esse, nec mutuum: magisque nummos non fieri accipientis. Itaque cum ita subjicit: *quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit*: id ita scribit, quasi ex eo, quod nulla in proposita specie retinendæ pecuniæ caussa est, et nummi accipientis facti non sunt, efficiatur eos ab accipiente utiliter peti non posse. Quod plane contra colligi oportuit. Nam si nummi nulla ex caussa sunt apud accipientem, aperte ea res affert danti condictionem sine caussa, non etiam ei qui sine caussa accepit, exceptionem. Et si quidem nihil hic subjiceret Ulpianus nisi de exceptione, aut etiam si ex præcedentibus eam colligeret: non posset, quin vitiosa esset collectio. Sed animadverti debet in his verbis duo statui: unum de condictione nummorum consumptorum; alterum de exceptione adversus condictionem. Cum enim dicit, LICET ACCIPIENS CONDICTIONE TENEATUR, eadem opera affirmat eum teneri. Perinde ergo est, quasi diceret: Quare si eos consumpserit, nihilominus condictione tenebitur; sed licet teneatur, tamen doli exceptione uti poterit. Quod de condictione infert, recte colligit ex præcedentibus. Omnino enim ex his efficitur. Quod adjicit de exceptione, non sic adjicit, ut ex præcedentibus colligat: idque ex eo apparet, quod ipse propriam hujus exceptionis dandæ rationem subjicit longe diversam a prioribus: sed ut quod de condictione inde colligebatur, temperaret: innuens sic in proposito nummo-

rum

rum consumptorum condictionem esse, ut tamen accipienti non noceat propter doli exceptionem.

5 SI EGO QUASI DEPONENS) † Hactenus de repetitione nummorum in priore illa specie, cum ego quasi donaturus pecuniam dedi, tu quasi mutuam accipis. Dissimilem caussam repetitionis esse ostendit in altero genere, cum nummi ex alia quam donationis caussa dati sunt, et tanquam ex alia accepti: quo in genere duobus exemplis utitur: uno, cum qui dat, quasi deponens dat, alter quasi mutuam accipit; altero e converso, cum qui dat, quasi mutuam dat, alter accipit quasi commodatam ostentandi caussa. Ac de repetitione in utroque sub finem ita scribit: SED IN UTROQUE CASU CONSUMPTIS NUMMIS CONDICTIONI SINE DOLI EXCEPTIONE LOCUS ERIT. De nummorum dominio, aut de exstantium repetitione in his caussis dicit, ut ante: quia res erat expedita. Certi enim juris est nunquam dominium transferri; cum qui dat, et qui accipit, in caussis dandi accipiendique ita dissentiunt, ut nec in dominio rei transferendo vel acquirendo consentiant. *L. in omnibus rebus, infr. de oblig. et act.* quod fit in suprascriptis caussis. Dominio autem nummorum in accipientem non translato, non minus et illud certum est: exstantes nummos ab eo qui eos teneat, vindicari posse. *L. rogasti, §. ult. supr. L. actionum, infr. de obl. et act.* et quidem citra exceptionem multo magis, quam tum cum ab eo qui dabat, donationis animo dati sunt: de quo in superiore specie dictum est. De consumptis dubitari poterat, qua actione repeti possint, et an adversus hanc eadem exceptio locum habeat, quam in superiore specie Ulpianus dederat. Ideo Ulpianus de consumptorum tantum repetitione hic scribit, et ita scribit, ut de utroque illo breviter respondeat. Ergo consumptis nummis condictioni locum esse ait. Recte condictioni, non vindicationi, ut fieret nummis exstantibus. Nunquam enim actione in rem tenetur, qui non possidet, si sine dolo malo possidere desiit. *L. qui petitorio, supr. de rei vind.* Nihil autem dolo facit neque in priore exemplo, neque in posteriore, qui in his nummos acceptos consumit. Nam is quidem qui pecuniam tanquam mutuam accipit, dum mutuam esse putat, bona fide eam consumit. In hac enim opinione consumit tanquam suam: quia si vere mutuum esset, dominium pecuniæ in eum esset translatum. *L. 2. §. appellata, supr. eod.* Qui autem tanquam commodatam accipit, quæ quasi mutua data erat, etsi non est hac opinione, ut putet se dominium pecuniæ factum esse, cum commodatum rei commodatæ proprietatem non mutet: *L. rei commodatæ: L. nemo seq. infr. commod.* tamen quia accepit ab eo, qui mutuam esse voluit, nihil facit dolo, si eam secundum voluntatem dantis consumat, omninoque furtum non facit. *§. placuit, Inst. de obligat. quæ ex del.* Sic fit, ut qui consumptos nummos non possidet, neque dolo desiit possidere, is vindicatione de consumptis non teneatur, multoque minus condictione furtiva. Sed quia nummi consumpti videntur consumptione ad accipientem pervenisse, idque facto ejus qui dedit: ideo quasi ei ab illo dati essent, tenebitur eorum nomine condictione. *L. non omnis, seq. §. si pupillus.* Quam non dubium est eandem illam intelligi debere, de qua diximus, nempe *sine caussa*, cum in his exemplis inter tam aperte dissentientes nullum negotium contrahi appareat. Sed condictioni hic locus erit, inquit, *sine doli exceptione.* Merito: sive enim quis pecuniam det quasi deponens, sive det quasi mutuam, ex utraque caussa hoc animo dat, ut repetat. Quapropter quamvis nummi consumpti fuerint secundum voluntatem dantis, ut fit, cum dati sunt quasi mutui; tamen quia non est hæc voluntas, ut nummi maneant, sed ut etiam consumpti reddantur: semper cum repetentur, certum erit repeti eos non contra voluntatem, ut contingit in eo, qui quasi donaturus dedit, unde et exceptio doli adversus eum nata est; sed maxime secundum dantis et accipientis voluntatem. Quæ res omnem exceptionem et tergiversationem accipienti adimit.

† Restat, quod initio hujus capitis in hunc locum rejecimus, ut separatim videamus, quam significationem habeat, quod in principio scriptum est: Cum ego pecuniam tibi quasi donaturus dedi, tu quasi mutuam accipis, nummos accipientis non fieri: in primis autem num contrarium videri debeat. *L. cum in corpus, infr. de acquir. rer. dom.* Quod quidem existimari necesse est, si nummos non fieri accipientis sic accipimus, ut dominium nummorum in accipientem non transferatur, qui fere usus est loquendi. *Inst. quib. mod. re contr. obl. §. sic itaque, Inst. de act.* Nam in *d. L. cum in corpus*, cum in principio generalis hæc definitio est, *cum in corpus acquirendum consentimus*, dominium transferri, *et si in caussis dandi accipiendique dissentiamus*: tum vero hæc ipsa species, de qua agimus, exempli loco in extremo subjecta est, et sententia superior nominatim 6

tim confirmata. Sic enim illic scriptum est: *nam etsi pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias: constat proprietatem ad te transire.* Quasi creditam accipias, idest, *quasi mutuam*, id enim credita pecunia significat in usu juris. *L. qui negotia, infr. mand. L.* 1. juncta. *L.* 3. *§. pen. infr. de sen. Mac. L. quod si minor, §. pen. supr. de minor.* Nam quod quidam pecuniam creditam illic interpretantur, creditam a te, idest, tibi debitam, ut tu eam quasi debitam tibi solutionis caussa accipias, quos hic Alciatus refert, et quorum ipse sententiam secutus est. *Lib.* 5. *parer. cap.* 15. defendi non potest. Apparet enim ex verbis præsentis temporis, quibus Julianus utitur, nempe *tradam*, et *accipias*, etiam donandi animum, et crediti verbum ad idem tempus referri debere: ut sit sensus, si pecuniam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi nunc creditam accipias. Non potuit autem pecunia intelligi nunc a te credita, cum a te non proficisceretur. Ita creditam sic accipere debemus, ut tu eam quasi nunc creditam accipias: creditam autem non a te, qui eam non das, sed a me qui eam tibi trado. Deinde cum pecunia ab aliquo proficisci debeat, ut sit credita, a quo intelligere possumus eam profectam, nisi ab eo; quem prius dictum est eam tradidisse? Ego autem is sum, qui dicor tibi eam tradere, quare et cum credita esse postea dicitur, etiam a me credita debuit intelligi, nisi nominatim adjiceretur te accepisse quasi a te prius mihi creditam. Quanquam si dederimus creditam in eo exemplo significare tibi debitam, parum proficiemus: revocabimur enim semper ad definitionem initio positam, cum Julianus generaliter ita scribit, *cum in corpus quidem quod traditur, consentiamus, in caussis vero dissentiamus, non animadvertere se, cur sit inefficax traditio.* Quæ definitio in specie proposita efficit dominium pecuniæ in te transferri. Cum enim pecuniam tibi do donandi gratia, etsi tu quasi mutuam accipis: tamen in eandem rem, et ejusdem rei dominium consentimus, cum ex utraque caussa pariter dominium transferatur. Ita ex definitione etiam in ea specie dominium transferri dicendum est. Nec ad rem pertinuerit, quod forte aliis, quam hujus speciei exemplo postea Julianus usus non erit. Quæ enim exempli loco dicuntur, ea de generalitate definitionis nihil mutant. *L.* 1. *§. quod vulgo, infr. unde vi. L. pen. §. ult.* illic, *nam initium constitutionis, infr. de jur. et fac. ig.* Et ut de sententia Iuliani non dubitetur, quid est quod ad transferendum dominium exigamus præter rei traditionem, nisi ut in eo de quo transferendo agitur, concurrat effectus ex utraque parte dantis et accipientis? Nam ut transferat dominus rem suam quam tradit, satis est, quod vult transferre; hanc enim voluntatem natura æquum est ratam haberi. *§. per traditionem, Inst. de rer. divis.* et ut acquirat is qui accipit, solum hoc quæritur, ut velit suam esse. *L.* 1. *in pr. et §.* 1. *infr. de acquir. pos.* Atqui quæcunque dandi et accipiendi caussæ sint, si ex omnibus id agitur, ut dominium in accipientem transeat, concurrit utrinque et dantis et accipientis effectus in hoc, ut dominium transferatur. Proinde quicunque erit dissensus in caussis dandi accipiendique, nihilominus eum effectum ad dominium transferendum spectari oportebit, et ex eo dominium transferetur. Quare sive definitionem spectamus, quæ initio posita est in *d. L. cum in corpus*; sive exemplum quo in extremo Julianus utitur; sive rationem, qua superior sententia defenditur: omnia efficiunt etiam in hac specie cum ego quasi donaturus tibi pecuniam do, tu quasi mutuam accipis, dominium in te transferri. Neque dicemus, quod quidam hic parum attente faciunt, id ita probandum esse, si ego hoc animo sim, ut velim pecuniam omni modo in te transire: aliter, si non sim. Ridiculum est enim dicere quemquam donandi animo dare, qui non sit hoc animo, ut dominium transferat: cum donare nihil sit aliud, quam liberalitatis caussa ita dare, ut datum nunquam repetatur. *L.* 1. *infr. de don.* Sed nec distinguemus, utrum velis tibi dominium omnino acquiri pecuniæ tibi traditæ, an vero non aliter, quam si pecunia tibi sit mutua. Nam in eo, quem constat pecuniam quasi mutuam accipere, qualis nunc proponitur, qui accipit: non potest dici eum alio animo esse, quam ut velit pecuniam suam fieri: cum non possit esse mutua, nisi fiat accipientis. *L.* 2. *§. appellata, supr. Inst. quib. more contrah. obligat. in pr.* Et breviter qui pecuniam vult donare, idem dominium transferre vult: et qui quasi mutuam accipit, idem vult in se eam transferri: ut sic in dominio transferendo nanciscendoque concurrat utrinque in hac specie et dantis et accipientis affectus: quod cum fit, non potest quin dominium transferatur. Hæc cum ita sint, illuc redeo, quod supra dixi: Si his verbis, *nummos* in proposito *non fieri accipientis*, quibus hoc loco Ulpianus utitur, hoc dici intelligimus, nummorum dominium

in

in accipientem omnino non transferri: nihil dici potest, cur horum locorum sententiæ non sint in hac specie contrariæ. Et quidem vere sic dici rem accipientis, ut intelligatur ea, cujus dominium in accipientem transeat, notius est, quam ut de eo ambigi oporteat. *d.* §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Quid ergo est? Ego qui videam in verbis Juliani, quæ leguntur in *d. L. cum in corpus*, nullum locum relinqui tergiversationi, ut negemus eum de eadem hac specie, de qua agimus, exemplum proponere: qui intelligam præterea sic illi constare rationem, cur in ea specie velit dominium transferri, ut turpe sit etiam, nec non indignum Ulpiano aliter sentire: puto dandam esse operam, ut potius hic Ulpiani locus ad Juliani illam sententiam revocetur, et ex ea interpretationem accipiat, si fieri potest, quam contra ut vera nec obscura Juliani sententia ex hoc loco commutetur. Animadverto autem verba hæc Ulpiani *magisque nummos non fieri accipientis*, esse ambigua. Significant enim proprie, quod ante dixi, nummos ita accipientis non fieri, ut dominium non transferatur. At possunt etiam ita accipi, ut significetur eos accipientis non fieri perfecte, neque id sine exemplo: sic enim loquitur Africanus in *L. cum quis*, §. *qui hominem*, *infr. de sol.* Sed et ita usus est juris, ut re vera et effectu non videatur cujusquam fieri, aut ad aliquem pervenire, quod non est mansurum, quodque aliquo modo potest avocari. *L. aliud est capere*, *infr. de ver. sig.* Hoc posterius si accipimus, omnia hic bene se habent. Nam et sententia vitio caret, et quæstioni probe convenit, nec minus uterque locus retinetur. Proinde hoc accipiemus, ut in ambigua voce legis fieri debere præcipitur. *L. in ambigua*, *supr. de legib.* Recte igitur ita dicemus: fiunt in proposito nummi accipientis, quia dominium in te transfertur: cum et ego ita tibi dem donationis gratia, ut tui fiant, et tu quasi mutuos sic accipias, ut et pariter fiant tui, etsi non ex donationis caussa, quod ut verum est, ita et Juliani sententiæ convenit. At rursum si effectum hujus translationis spectamus, magis est, seu verius est eos accipientis non fieri, quia non perfecte fiunt: possunt enim condici, sive exstent, sive sint consumpti. Quod enim subjicit, si nummos consumpserit is qui accepit, licet condictione teneatur, tamen eum exceptione doli uti posse: non significat, si eos nondum consumpserit, eum condictione eo nomine non teneri; sed sic teneri, ut eo casu nullam exceptionem habeat. Quæ sit hæc condictio, supra suo loco exposuimus. Atque hæc de dominio nummorum satis: de quo plura alias opportunius.

Ad L.



Ad L. Non omnis. 19.

Julianus lib. 10. Digest.

Non omnis numeratio eum, qui accepit, obligat: sed quoties idipsum agitur, ut confestim obligaretur. Nam et is, qui pecuniam mortis caussa donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligat accipientem, quam si extitisset casus, in quem obligatio collata fuisset: veluti si donator convaluisset: aut is qui accipiebat, prior decessisset. Et cum pecunia daretur, ut aliquid fieret: quandiu in pendenti esset, an id futurum esset: cessabit obligatio. Cum vero certum esse cepisset, futurum id non esse: obligabitur, qui accepisset: veluti si Titio X. dedero, ut Stichum intra Calendas manumittat, ante Calendas nullam actionem habeo, post Calendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit.

SUMMARIUM.

1. *Obligatio nulla ex negotio gesto sine consensu, quem intelligi quovis modo ad obligationem satis.*

CUM de mutuo agitur, ut hoc titulo, et de eo contrahendo quæritur, apposite traditur, quod initio hujus loci legimus, tum demum numerationem obligare eum qui accepit, cum id ipsum agitur, ut confestim obligetur. Quod declaratur, quod mutuum dicitur re contrahi, et numeratione constare, non sic dici, quasi sufficiat pecuniam numerasse, ut ea numeratione velut ex mutui caussa obligetur; sed accedere oportere etiam conventionem, qua id agatur, ut qui accipit, obligetur. Quippe ut sæpe jam ante diximus, in re quæ inter aliquos geritur, non est obligatio, nisi ex contractu: nec ullus contractus est, qui non habeat in se conventionem, idest, consensum et placitum in hoc, ut fiat quod volumus, idest, ut alter alteri obligetur. *L.* 1. §. 1. *supr. de pac.* Non necesse est id aperte convenire. Satis est aut ex natura ejus rei quæ nominatur, intelligi: veluti si detur pecunia mutuo, vel mortis caussa; aut intelligi ex caussa vel fine dandi: ut cum quid tanquam debitum solvitur, quod est indebitum, unde indebiti condictio tanquam ex negotio gesto; *L. si in area, infr. de cond. ind.* aut quid datur ob caussam nulla expressa repetendi condictione: unde condictio ob caussam caussa non secuta velut ex conventione. *L. si extraneus, infr. de condict. caus. dat.* Quominus autem dubitetur de definitione, Julianus eam exemplis probat, donationis caussa mortis et rei ob caussam datæ. *Qui mortis caussa pecuniam donat*, inquit, *numerat pecuniam; sed non aliter obligat accipientem, quam si exstitisset casus, in quem obligatio collata fuisset*: idest, is casus, quo actum est, ut pecunia redderetur. Ex natura autem mortis caussa donationis tribus casibus tacite id agi intelligitur: si donator convaluerit; si eum pœnituerit; si donatarius prius decesserit; ac totidem casibus donati condictio est. *Inst. de don. in pr. L. senatus*, §. *donatio*, *infr. de mor. cau. don.* Extra hos casus constat pecuniam donatam repeti non posse. Cur, cum sit numerata? quia ut his redderetur, actum non est. Sed etsi pecuniam dedero Titio, ut quid faceret, puta *decem*, *ut Stichum intra Calendas manumitteret*: *ante Calendas*, inquit, *nullam actionem habebo*, etsi pecuniam numeravi: scilicet quia id actum non fuit: *post Calendas ita demum agere potero*, *si manumissus non fuerit.* Quod ait ante Calendas nullam me actionem habere, sic accipiendum est, servi non manumissi nomine, in id nimirum quod interest: nam pecuniam datam condicere possum, si me pœniteat: L. 3. vers. *quid si ita dedi. L.* 5. *in pr. infr. de cond. cau. da.* Cæterum ejus quod interest nomine ob servum non manumissum, de quo quæritur, ita nullam habeo actionem intra Calendas, ut quamvis constiterit intra Calendas manumitti non posse, quia decesserit; tamen ante Calendas eo nomine agi non possit. *L. in illa*, 8. *infr. de ver. obl.* Itaque

que quod prius dixerat, *cum certum esse, cœpisset futurum id non esse*, quod fieri debuit, de eo facto dictum est, de quo ut fieret sine præfinitione temporis convenit: ut illa verba præcedentia indicant; *et cum pecunia daretur, ut aliquid fieret.* Quod ait post Calendas me posse tecum agere, si Stichus manumissus non fuerit: ideo generaliter et sine exceptione recte dicitur, quia de Sticho agitur, quem ego tibi manumissionis caussa non dedi. Pecuniam enim dedi, ut Stichum manumitteres, qui aut tuus tum erat, aut postea futurus erat; non autem Stichum ipsum, ut eum manumitteres. Quod posterius si factum esset, ideo post Calendas tecum agere omnino non possem, quia sive servum manumisisses, satisfecisses obligationi: sive non manumisisses, tamen Stichus ipso jure ad libertatem perveniret, atque ita fieret, ne quid interesset mea, *L.* 3. *L. ult. C. si man. ita fue. alien.*

Ad §. Si pupillus.

Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, aut solvendi caussa dederit: consumpta pecunia condictionem habet, vel liberatur, non alia ratione, quam quia facto ejus intelligitur ad eum, qui accepit, pervenisse.

Quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum vel in solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit: consumpta ea, et ipse obligatur pupillo, vel eum a se liberat, et eum qui crediderit, obligatum habebit, vel se ab eo liberabit. Nam omnino, qui alienam pecuniam credendi caussa dat, consumpta ea, habet obligatum eum, qui accepit. Item qui in solutum dedit, liberatur ab eo, qui accepit.

S U M M A R I A.

1. *Consumptis nummis qui sine obligatione dati erant, consumptionem pro dominii translatione esse, et cur.*

2. *Consumptam pecuniam non videri, quæ casu periit: eoque et danti perire, etsi pupillus dederit.*

Et hoc loco, quæ vis sit consumptionis in pecunia alii numerata, cujus dominium in accipientem non transfertur, ostenditur itidem, ut in *L. rogasti*, §. *ult.* et *L. si filiusfa. supr.* Summa est: † Quod pecuniam numeranti præstat ejus pecuniæ translatio in accipientem, hoc item et pecunia ab initio non translata præstat ejus pecuniæ consumptio. Ut puta, si pecuniam meam tibi mutuam dem, tu mihi ex mutui caussa obligaris. Item si pecuniam meam creditori solvam, liberor. Quod si alienam mutuam dedero, mutuam non facio: quia mutuum hoc exigit, ut res fiat accipientis. *Inst. quib. mo. re cont. obl. L.* 2. §. *appellata, supr. eod.* Similiter nec si alienam solutionis caussa dedero, liberor, quia accipientis non facio. *L. cum quis*, §. *qui hominem*, *L. qui decem*, §. *pen. infr. de sol.* Sed hæc in pecunia aliena ita sunt, quandiu nummi exstant. His consumptis, et accipientem mihi obligo, si mutuos dedi; et liberor a creditore, si solvi: quod hic positum est in extremo. Quod in pecunia aliena numerata dicitur, valet et in ea, quæ fuit dantis, si is pecuniæ alienationem non habuit: quod declarat Julianus hoc loco in principio, exemplo pupilli. Is quamvis pecuniæ suæ dominus sit; tamen eam alienare non potest, quia jus interdicit alienationem. Ideo nec mutuam dando facit mutuam; nec eam solvendo liberatur. §. *nunc admonendi*, *Institut. quib. al. lic. vel non.* Si tamen nummi consumpti sint, siquidem mutuos dederat, condictio illi nascitur: si dederat in solutum, a creditore suo liberatur. Quod sic intelligendum est, si modo vere debuerit, idest, et natura et civiliter: nam si jure civili non debuit, quamvis natura sit obligatus; si solvit, repetit. *L. interdum, infr. de con. ind.* Quæ res argumento est illum hoc casu non liberari. Non enim potest repetere solutum, qui liberatur. *L. si non sortem*, §. *pen. infr. de cond. ind.* His consequens est, quod Julianus in *vers. quapropter*, intelligi voluit. Si is nimirum qui pecuniam a pupillo in creditum vel in solutum accepit, eam porro alii in creditum vel in solutum dederit: consumpta ea eodem tempore eventurum, ut quemadmodum hic duo sunt, qui pecuniam alienam, aut certe alienæ similem dederunt, pu-

pupillus, et qui ab eo primo loco accepit: ita et ad duos istos ejus consumptionis fructus is, quem diximus, pariter redeat, quod ita futurum est, ut Julianus scribit. Ut enim qui a pupillo accepit, vel statim ei obligatur, si accepit mutuo, vel si accepit in solutum, statim eum a se liberat, isque pecuniæ consumptæ in persona pupilli, qui dederat, effectus est: ita huic ipsi qui a pupillo acceperat, eodem modo se res habet adversus eum, cui et ipse postea dedit: scilicet ut vel eum sibi obligatum habeat, si quidem mutuo dedit, vel ab eo liberetur, si dedit in solutum. Quoniam autem absurdum videri poterat dici, pecunia non translata, accipientem obligari, cum in mutuo de meo tuum fieri oporteat: item pecunia aliena soluta liberari debitorem, cum hac solutione nihil ad creditorem perveniat, quia non sit mansurum: *L. aliud est capere*, *infr. de ver. sig.* Ideo statim initio velut huic dubitationi occurrens rationem reddidit, quæ facile ostenderet nihil horum in proposito esse metuendum. Quippe, inquit, consumpta pecunia videtur facto ejus qui dedit, ad eum qui accepit, pervenisse: idest, ejus facta esse, ut consequens sit quæ translatæ ab initio pecuniæ vis est, eandem et consumptæ quasi translatæ esse debere. De qua ratione plura ad *L. rogasti*, *§. ult. in extremo*, *supr.* ubi et quid sit consumere, et quando pecunia consumpta intelligatur, atque adeo de genere toto consumptionis diximus.

2 † Illud hoc loco in quæstionem vocari potest, verumne sit, quod illic generaliter definivimus, pecuniam ab accipiente consumptam non videri, quæ casu apud eum perierit, et num etiam in pupillo, de quo agimus, probandum sit. Id enim si fit, dicendum erit in specie proposita, si pupillus pecuniam vel crediderit alii vel in solutum dederit neque illi ex crediti caussa condictionem, neque ex solutionis caussa liberationem acquiri, si is qui acceperat, casu pecuniam amiserit: ut sic pecunia pereat pupillo, non ei qui accepit: quod videri potest iniquum. Sed cum hoc loco etiam in persona pupilli, qui pecuniam dedit, et condictio et liberatio ei contingere dicatur pecunia consumpta; et ratio utriusque acquisitionis in eo sit, quod consumptione intelligatur pecunia ad accipientem pervenisse: satis et consumendi verbo, et superiore ratione docemur, pecunia casu amissa, nihil eorum quæ supra scripta sunt, pupillo acquiri, omninoque pecuniam ei perire. Non enim consumit, qui rem ne attingit quidem: nec potest dici pecunia ad eum pervenisse, quæ priusquam perveniret, periit. Qua in sententia facile confirmabimur, si cogitabimus pecuniam a pupillo datam pupilli mansisse, ut qui eam alienare non potuerit. Jus autem ita esse, ut res sua domino pereat. *L. pignus*, *C. de pig. act.* Occurrit tamen ratio Accursio ex adverso. Ait enim in hunc locum, secundum hanc sententiam futurum, ut deterior sit conditio pupilli in pecunia ab eo data, quam majoris, hunc enim constat, si pecuniam suam dederit, statim condictionem habere, quanvis pecunia apud accipientem casu perierit. *§. item is*, *Inst. quib. mod. re con. obl.* Ille autem iniquissimum putat non idem in pupillo statui: quo tamen nihil est æquius. Propriis enim rationibus sic constituitur utrumque, ut illis positis non aliud in utriusque persona recipi potuerit. Nam minor annis cum pecuniam suam mutuam dat, aut solvit, etiam dominium transfert: quia ut pecuniæ dominus fuit, sic et rei suæ habuit alienationem, et præterea voluit transferre. *§. per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* At pupillus quia pecuniæ alienandæ jus non habuit, eam tradendo nihil agit, nec minus rei dominus manet, quam ante fuerat. His positis illa sunt consequentia, ut et pecunia translata periculum in accipientem transeat: et non translata, periculum ejusdem sit, cujus et ante fuerat: ut utrobique illud valeat, rem domino perire. *L. certi*, *in fin. supr. eod. d. L. pignus*, *C. de pig. act.*

Ad L.

Ad L. Si tibi pecuniam. 20.

Idem lib. 18. Digest.

Si tibi pecuniam donassem, ut mihi eandem crederes, an credita fieret? Dixi in hujusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti. Nam talem contractum neque donationem esse, neque pecuniam creditam. Donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret. Creditam non esse, quia exolvendi caussa magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur si is, qui pecuniam hac conditione accepit ut mihi in creditum daret, acceptam dederit: non fore creditam. Magis enim meum accepisse intelligi debeo. Sed hæc intelligenda sunt propter subtilitatem verborum; benignius tamen est utrumque valere.

SUMMARIA.

1. *Exsolvendi caussa quod datur, non dari alterius obligandi. et num.* 3.
2. 4. *Exsolvendi sui caussa quem dare posse pecuniam, et simul, ut sit mutua, et num.* 4.
3. *Donatio in proposito, et mutuum quam recte ex benignitate defendatur.*

DOnavi tibi pecuniam ea lege, ut mihi eandem crederes, idest, ut est creditæ pecuniæ specialis appellatio, mutuam dares: credidisti. Quæritur, an fiat mutua: ut sic tibi ex caussa mutui obliger, tu eam possis condicere. Julianus ut maxime ostenderet non fieri mutuam, id quod quæsitum erat, et de donatione, et de mutuo respondet: quia ex donatione quoque pendet, an sit mutuum. Ait igitur, si proprietatem verborum sequi volumus, talem contractum nec donationem esse, nec mutuum. Donationem non esse probat ex definitione. Si quidem donare est dare ea mente, ut datum omni modo penes accipientem maneat: *L.* 1. *infr. de donat.* quod hic non fit, ubi pecuniam ita tibi do, ne maneat apud te, sed ex crediti caussa statim ad me redeat: nam in mutuo id agitur, ut de tuo meum fiat. *L.* 2. §. *appellata*, *supr.* Creditam seu mutuam pecuniam non fieri separatim probat propria ratione: *quia*, inquit, *exsolvendi caussa magis* mihi abs te *daretur*, *quam alterius obligandi.* Ratio ex fine omnium contractuum ducta. Certi enim juris est nullam obligationem contrahi, ubi non id agitur, ut obligatio nascatur. *L. non omnis*, *in pr. sup.* Negat autem, cum tu mihi pecuniam mutuam das ex supra scripta conventione, pecuniam dari mei obligandi caussa. Probat hoc ipso, quod *exsolvendi caussa* mihi abs te detur. Quod cum dicit, duo complectitur: nam primum hoc ponit, quod exsolvendi caussa detur, non dari alterius obligandi. Deinde hoc sumit, te mihi in proposito pecuniam dare exsolvendi gratia. Quorum de priore dubitari potest. Quæritur enim, quid vetet, quominus ista concurrant. Posterius etiam potest merito falsum videri: nam quomodo exsolvendi caussa dare dicendus es, ubi constat nominatim te dare mutui caussa? Sed recte utrumque Julianus. † Nam quod ad fines dandi attinet: 1
aperte contrarii fines sunt solvendi, et alterius obligandi: cum qui solvit, hoc animo sit, ne quod dedit, repetat, neve quem sibi obliget: *L. si non sortem*, §. *pen. infr. de cond. ind.* quo fit, ut uno fine posito, alter tollatur. † Quod autem ait te mihi pecu- 2
niam dare *exsolvendi caussa*, non eo minus verum est, quod mihi das caussa mutui. Sic enim das mutuo, ut hujus ipsius mutui dandi caussa sit, ut te liberes: convenerat enim, ut eandem pecuniam mihi mutuam dares: fuitque conventio ejusmodi, quæ obligationem et actionem pareret, cum in traditione rei meæ fuerit interposita. *L. in traditionibus*, *supr. de pact. L. legem*, *C. eod.* Quapropter si ex conventione mihi das mutuam, apparet te ideo facere, ut solvas, quod ex ea caussa facere te oportebat, teque ea obligatione liberes. Semper autem in contractibus cujusque contractus initium spectare debemus et caussam. *L. si procuratorem*, *in pr. infr. mand.* Hac ratione constituta colligit in proposito pecuniam quam mihi dederis, non fore mutuam. Sed ita

ita colligit: ut ostendat non magis se id efficere ex hac proxima ratione, quam ex eo, quod prius statuit in hac specie donationem non esse. Idque est, quod ait: igitur pecuniam non fore mutuam: magis enim meam accepisse intelligi debeo. Si meam accepi, recte colligit etiam hoc ipso non fieri mutuam: non enim minus ad mutuum contrahendum opus est, ut pecunia quæ datur, *sit* dantis, et ille dominium transferat, quam ut ita detur, quo is qui accipit obligetur. *L. 2. §. ult. supr.* Non est autem tua, si eam tibi ita donavi, ut statim eandem mihi crederes, et donatio nulla est, ut hic nullam esse diximus: nuda enim traditio dominium transferre non solet, sed ita, si justa aliqua caussa præcesserit. *L. nunquam, infr. de acq. rer. dom.* Itaque quod ait, cum eam pecuniam ita tibi donatam mihi mutuam das, magis me meum accepisse videri: hic meum proprie dixit, quod vere meum esset nunquam prius in te translatum, non autem, quod mihi fuit debitum, ut Accursius interpretatur. *Sed hæc ita sunt*, inquit Julianus, *si proprie-*
3 *tatem et subtilitatem verborum sequimur.* † *Benignus tamen est utrumque valere.* Sed cur benignus? an quod quamvis neque donatio hic sit, neque mutuum: tamen utrumque subesse existimandum est: quia ut ista essent inter contrahentes placuit, ut sic voluntas eorum conservetur? Minime. Alioqui quavis conventione efficietur donatio, efficietur mutuum: quod non ita est, certam enim hæc naturam habent jure constitutam: hanc conventionem mutare non licet. Ideo alienam pecuniam dando, mutuam non facio; quantumvis convenerit, ut esset mutua: quia mutui natura hæc est, ut de meo tuum fieri oporteat. *L. rogasti, §. ult. L. nam etsi, supr. eod.* Similiter, si tibi decem mutua dederim, frustra paciscor ut reddas undecim: quia mutuum natura sua re contrahitur; re autem obligatio non potest contrahi, nisi quatenus datum est. *L. rogasti, §. si tibi, supr. eod. L. si tibi, supr. de pac.* neque ulla benignitas facit, ut ubi re ipsa mutuum non sit, ibi propter conventiones supra scriptas inter contrahentes admittatur. Dicendum est igitur vere hic donationem esse, et vere mutuum: sed ut ita existimetur, benignitate interpretationis fieri, non subtilitate verborum. Quod si recte explicamus, simul ad ea, quæ supra contra disputata sunt, quid respondeamus, intelligetur. Ergo in rebus transferendis jus ita est, ut non intelligatur donatum, ac ne datum quidem, quod ita dedi, ut statim ad me rediret. *L. 1. infr. de don. L. qui sic, infr. de sol.* et generaliter, quod traditur, ita dari intelligitur, si est mansurum. *L. aliud est capere, infr. de ver. sig.* Secundum hæc ne pecunia quidem tibi a me donata dicenda est, de qua ita convenit, ut eandem statim mihi mutuam dares. Nam et mutuo maxime efficitur, ut ad me revertatur, cum etsi vere tuam mihi dares mutuo, eam hoc modo omnino meam faceres. Et hoc subtilitas verborum ejus juris exigit: verba enim generaliter scripta sunt. Sed benignitatis et æquitatis ratio postulat, quod dicitur si pecuniam tibi dem, ut statim ad me redeat, pecuniam non alienari, nec in te transferri: id ita accipi, si dem ut ad me vere et cum effectu redeat. Aliter si convenerit, ut rediret ex ea caussa, ex qua effectu nec a te recessisse, nec ad me rediisse videatur: quandoquidem rem omnem non ex eo quod videtur, sed ex effectu suo æstimare debemus. *L. si per alium, §. 1. supr. ne quis eum, qui in jus vocand. est.* Atqui ex hac conventione, ut eandem pecuniam mihi mutuam des, potestate mutui hoc evenit, ut cum pecuniam ex ea caussa mihi dederis, effectu ipso non videatur pecunia aut ad me rediisse, aut a te recessisse. Ad me rediisse non videtur, quia eam tibi reddere debeo: et id cuique abesse videtur, in quo alteri obligatus est, *L. si quis mandatu, supr. de neg. gest.* Sed nec videtur a te recessisse: quoniam eam a me repetere potes, cum voles: is autem rem habere videtur, qui ad eam recuperandam actionem habet. *L. is qui actionem, infr. de reg. jur.* Itaque superiore conventione interposita huc res redit, quasi sine ulla conventione pecuniæ mihi reddendæ ego tibi eam donassem: quod si factum esset, nemo dubitaret, quin esset, donatio. In summa multum interest, utrum simpliciter dem tibi pecuniam, ut statim mihi eam reddas nulla caussa adjecta, cur reddas: an vero dem ea lege, ut reddas quidem, sed ita ut des mihi mutuam. Illic neque donatio est, neque adeo dominium transfertur: *d. L. qui sic, de solution.* quia translatio est inutilis. Idemque hic accidit, quod in eo legato, cum debitor creditori suo, quod debet, legat: ubi legatum nullius momenti esse placet, si nihil plus sit in legato, quam in debito: quia nullam utilitatem affert legatario. *§. ex contrario, Inst. de legat.* At cum id agitur, ut mihi eandem pecuniam des mutui nomine, vi ipsa quodammodo semper pecunia penes te manere intelligitur. Dominium quidem certe non eo minus in te transtulisse videri debeo, quia tibi

tibi dedi supra scripta lege: cum is vere sit dominus, ad quem dominii fructus jure pertinet. Pertinet autem ad te hoc ipso quod eam pecuniam postea mutuam dando, mutuum contrahis, et tibi eo nomine condictionem acquiris, qui pecuniæ solum nostræ fructus est: quoniam alienam dando mutuam non faceremus. Qua ratione dictum est in *L. qui id quod*, §. 1. *infr. de donat.* in specie proposita non impediri dominii translationem. Si pecunia quam tibi ea lege donavi, tua facta est: consequens est, quod ibidem significatur, iisdem nummis mihi à te creditis, mutuum contrahi, quia novum dominium in his mihi quæritur. Nempe hoc desiderabatur ad mutuum, ut pecuniam tuam mihi dares, ut sic de tuo meum fieret. *L.* 2. §. *appellata*, *supr. eod.* hoc autem contingit, si pecunia vere tua prius facta est, ut factam esse effectum est. Quod quoniam benignitate interpretationis defendi diximus: ideo Julianus hanc benignitatem ut ad donationem, sic ad mutuum quod inde pendet, recte retulit, ut diceret benignius esse utrumque in proposito valere. Nam cur de animo obligationis contrahendæ in hac specie mutui dubitetur, nihil est: cum nominatim juxta conventionem mihi eam pecuniam des mutui caussa.
4 † Sed obstat, quod exsolvendi caussa mihi das, ut prius scripsit Julianus, nempe ut ea obligatione, qua ex facto tenebare, te liberes: natura autem non patitur, ut simul et solvendi, et ejus cui solvitur, obligandi caussa quid detur. Et poteramus statim hoc respondere, quod est in *L. in numerationibus*, *infr. de solution.* non esse novum, ut una præstatio ad duas caussas proficiat, ad solutionem præteriti temporis, et ad futuri obligationem: Nam cum testator pecuniæ usumfructum legat, heres pecuniam legatario dando, eadem numeratione et liberatur actione ex testamento, et obligat sibi legatarium, ut finito usufructu pecuniam restituat. Idem si damnatus fuerit heres alicui vendere rem hereditariam, vel locare, is vendendo vel locando et liberatur ex testamento, et obligat sibi legatarium. Non alia porro conditio est obligationis hujus, cum tu mihi ad pecuniam mutuo dandam ex conventione obligaris. Proinde quod in superioribus caussis recipitur, hoc idem et in hac evenire oportet, ut tu mihi pecuniam mutuam dando, una liberatione et libereris actione in personam, et me tibi ex ea caussa obliges. Sed hæc responsio objectionem non diluit. Exempla enim hæc tantum sunt, huic de quo agitur similia.

Nihil agit exemplum, litem quod lite resolvit.

Dici enim potest, non magis in illis superioribus, quam in specie proposita recipi potuisse, ut quod solvendi caussa datur, quatenus solvitur, id accipientem obliget, quia hæc sint pugnantia. Et omnino ita res habet, ut id neque jus, neque natura rei patiatur: quod enim solvitur, debetur: quod debitum solutum est, ut non hoc animo datur, ut repetatur, ita jure certo, quod naturam rei sequitur, repeti non potest, nec quidquam eo nomine, *L.* 1. *L. si non sortem*, §. *si decem*, *infr. de cond. ind. L. qui hominem*, §. *ultim. infr. de solut.* Quid ergo est? fatendum est quod solvitur, nunquam dari alterius obligandi caussa, aut etiam alterum obligare posse. Sed nihil fit adversus hanc sententiam, si in his caussis eandem numerationem dicimus et ad solutionem prodesse, et ad obligationem. Intelligendum est enim in his duas res esse distinctas, eam quæ solvitur, et eam quæ in obligationem deducitur: et quæ solvitur, nunquam solvendi caussa ita dari, ut detur accipientis obligandi caussa: et contra quæ ad alium obligandum datur, nunquam dari solvendi caussa: ut semper verum sit nunquam in eandem rem concurrere duo hæc, ut quid solvatur alicui, et simul detur ejus obligandi gratia. Sit exempli gratia mutuum quod mihi dare debeas: (nam quod de una specie dicetur, licet idem intelligere de cæteris.) Quod in hac caussa solvitur, est id, quod mihi a te debetur: debetur autem mihi a te non pecunia, alioqui solutam nunquam repeteres; sed hoc solum, ut mecum mutuum contrahas, seu officium et voluntas mutui mecum contrahendi. Quod autem in obligationem mutui a te deducitur, pecunia est, quæ mihi eo nomine a te datur, ut eam ex ea caussa tibi debeam. Etsi cum pecuniam mihi mutuam das juxta conventionem, horum utrumque concurrit, ut et mihi officium præstes quod debebas; et me vicissim eo nomine obliges: tamen sic hæc concurrunt in eandem numerationem, ut res maxime diversæ sint: et quidem ita, ut quod in his solvendi caussa mihi a te præstatur, nunquam in eo quidquam facias mei obligandi caussa, aut omnino me tibi eo nomine obliges; et contra quod in mutui caussam deducitur, ut tibi debeam, nunquam detur solvendi gratia. Nam officium illud contrahendi, quod mecum contrahendo præstas, tale est, ut cum solveris, nunquam ejus

ejus utilitas repetatur, aut quidquam ejus nomine: cum tu id debitum solveris. Pecunia autem ipsa quam mihi dedisti mutuam, est ejusmodi, ut cum mihi eam dederis obligandi mei caussa, non possit intelligi mihi abs te data solvendi gratia: qui eam prius non debueris, sed solum ejus mutuationem. Quæ si ita sunt: quod in proposita specie mutui est aliquid, quod mihi a te solvendi caussa præstetur: dicendum est id non facere, quominus pecunia quæ mihi a te datur, ex conventione fiat mutua, postquam hæc non datur solvendi caussa, sed solum, ut me tibi eo nomine obliges. Quapropter quod in ea specie conventionem mutui esse dicimus, jure ipso fieri existimandum est, non benigna interpretatione. Dixi supra in omni contractu cujusque contractus initium spectandum esse et caussam. *L. si procuratorem, in pr. infr. mand.* Sed si vera sunt, quæ ante diximus, id ipsum et in hac specie plane servatur: non enim hic pecunia datur mihi a te mutua, ut eam mihi solvas, sed solum ut me obliges. Quod solvis: est illud officium mecum contrahendi, quod ex conventione mihi præstare debebas, non pecunia. Ita ejus officii præstandi unicus finis est, ut te liberes: pecuniæ mutuæ quatenus mutuo datur, unicus finis et caussa, ut beneficio a me accepto mihi pecuniam reddere debeas: ut consequens sit etiam hac caussa inspecta mutuum et mutui obligationem in proposito admitti debere.

Ad L. Quidam existimaverunt. 21.

Idem lib. 48. Digest.

Quidam existimaverunt, neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere, et reliqua persequi: neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat judicio persequi. Sed in utraque caussa humanius facturus videtur prætor, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod offertur: cum ad officium ejus pertineat lites diminuere.

SUMMARIA.

1. *Species et quæstio hujus loci, ejusque occasio constituitur.*
2. *Partem oblatam post litem contestatam accipere actor cogi non potest.*
3. Petere *verbum.*
4. *Quæstio, et responsi summa.*
5. *Objectiones adversus Juliani sententiam pro sententia dissentientium; quæ et diluuntur.*
6. *Ad oblatum accipiendum compelli actorem, quomodo accipiendum.*
7. *Oblatam partem recusante actore accipere, quæ sit pœna.*
8. *Ad officium prætoris pertinere lites deminuere, quomodo intelligendum, et quod ejus officium.*
9. Reddere jus *cur dictum pro* jus dicere.
10. *Ratio Juliani exposita.*
11. *Oblatæ partis actio dari creditori non debet, et quibus de caussis.*
12. *Sententiæ responsi summa plenius exposita.*
13. *In eum qui in jure totum confitetur, nullam esse actionem, etiam si partem tantum representet.*
14. *Partem debiti oblatam licet creditori recusare impune, et sine mora: idque etsi debitor partem tantum oblatam se debere fateatur.*
15. *Alciati sententia de cogendo creditore partem debiti oblatam accipere refutata.*
16. *Pecuniam recipere partis præstationem, quid sit.*
17. *Heredum ex persona conditionem obligationis non immutari, quid sit.*
18. *Partis solutionem quibus in caussis admittere cogatur creditor.*

1 SI creditori † decem apud magistratum petenti, et de his judicio agere volenti debitor offerat, quod petitur, id est, fateatur se id debere, paratumque dicat solvere, ne judicium in se reddatur: convenit inter omnes eum audiendum esse, denegandasque in eum actiones, et spatium postulanti dandum ad solvendum, quod judicatis dari solet. *L. si debitor, infr. de solut. L. si debitori, sup. de jud.* Hinc quæsitum, si debitor partem tantum offerat ejus: quod petitur, reliquum se debere neget; an hic quoque hoc ei tribuendum sit, ut in eam partem quæ offertur, denegetur eadem creditori actio, ut hanc creditor accipere cogatur sine judicio, reliquum si velit, possit tantum judicio persequi; an vero creditori permittendum sit hanc divisionem recusare, eoque

que et totum judicio petere, ut instituerat. Quæ hujus loci species et quæstio est ex priore illo jure nata: quæ tamen quia a nonnullis in dubitationem vocatur, nec est ex verbis satis expedita, prius nobis constituenda videtur. Agitur ergo hic de creditore, qui ante litem contestatam apud magistratum quid petat, cui reus offerat tantum partem ejus quod petitur, de qua et judicium in se dari recuset, reliquum neget se præstare debere, ut de eo petitor agat si velit, sed de eo duntaxat. Hæc mecum sic colligantur. Primum ut intelligamus hic litem contestatam esse de eo quod petebatur, cujus deinde partem post litem contestatam reus offerat, ut quidam faciunt, neque verbis convenit, neque ratio juris patitur. Ait Julianus compellendum actorem ad accipiendum quod offertur, sed compellendum a prætore: ut intelligamus, compellendum officio prætoris. Hoc verbo officium judicis excluditur: ubique enim hæc separantur, ut in divisione illa nota stipulationum, quarum aliæ dicuntur prætoriæ, aliæ judiciales, aliæ communes, aliæ conventionales, quod quamobrem fiat, do-
2 cuimus ad *L.* 5. *infr. de verb. ob.* † Juris autem ratio facit, ut nullæ sint partes, nulla potestas judicis post litem contestatam ad cogendum actorem accipere partem oblatam ejus quod petitur. Aut enim judex in eam partem reum condemnabit, aut quia offertur, eo nomine absolvet: nam horum alterum in sententiam facere debet judex: *L.* 1. *infr. de re jud.* nec ante sententiam excusationi alii locus est. *L.* 1. *C. de exc. rei jud.* Dici potest judicem frustra condemnare reum, qui ultro in jure de pecunia confitetur, eoque et jure pro condemnato habetur. *L.* 1. *infr. de confes.* Sed quamvis possit eum condemnare; tamen condemnatio ad eum accipere cogendum plane sit inutilis: non enim magis cogitur creditor a debitore condemnato accipere, quam a confesso: cum et condemnatio, et confessio pro creditore constituta sit: liceat autem unicuique contemnere ea, quæ pro se introducta sunt. *L. si judex, supr. de minor. L. pen. C. de pac.* Absolvere autem reum judex de ea parte non potest. Si enim de ea absolvit, et judicium de altera parte controversa perseverat, ut necesse est: eveniet, ut ex uno judicio res judicata in partem valeat, in partem non valeat, id vero jus non concedit. *L. in hoc judicio, supr. fam. erc.* Sed etsi liceat ex eodem judicio in unam partem sententiam ferre, in alteram non ferre; tamen in proposito de parte oblata non liceret reum absolvere. Nunquam enim ante rem judicatam is cum quo actum est, aut de parte aut de toto absolvi officio judicis debet eo nomine, quod rem in judicium deductam vel solvit, vel offert, nisi eo nomine satisfaciat actori, §. *ult. Inst. de per. et temp. act.* Is satisfacit, qui actorem contentum reddit. L. 1. *sup. qui sat. cog.* quod fit, dum ille admittit, quod offertur: hic autem partem oblatam creditor repudiat. † 3
Neque nos moverit, quod Julianus nominatim rem proponit de eo, qui decem peteret. Quod enim traditur in *L. amplius, infr. rem rat. hab.* eum qui nondum litem contestatus est, non petere, sed petere velle: tunc locum habet, cum de effectu petendi cogitatum est, ut fit, cum inter aliquos convenit, ne creditor a debitore peteret. Diversum est, cum verbum petendi ad id, quod ab actore dicitur, refertur: secundum quod is dicitur petere, qui se petere dicit, et sibi dari oportere intendit. Ut fit hoc loco, ubi pro his verbis, *neque eum qui decem peteret*, subjicitur postea, *neque eum qui fundum suum diceret.* Atque hoc sensu verbum petendi in hac quæstione usurpari plusquam manifestum est ex illa definitione *L. si debitor, infr. de solut.* si debitor offerret pecuniam quæ petitur, prætor creditori denegat actiones: quod nisi ante litem contestatam fieri non potest. De tempore igitur, quod litem contestatam antecedit, omnem hic quæstionem esse, dubitari non oportet. Quod dixi in superiore petitione debitorem negare se debere quinque, de aliis quinque confiteri: non exprimitur quidem hoc loco; sed satis ex eo intelligitur, quod dicitur creditor ex his decem cogendum quinque accipere, et reliqua posse persequi. Non enim potest judicio persequi reliqua quinque, nisi adversus inficiantem: quoniam in confitentes nullæ sint partes judicantis. *L. proinde*, 25. §. *ult. supr. ad leg. Aq.* Quod dixi in hac inficiatione debitoris ita creditorem se instituere ut velit non illa tantum quinque, de quibus controversia est, sed etiam illa altera quæ offeruntur, atque ita in totum decem persequi: apertius intelligitur ex responso, quam ut de eo possit juste dubitari. Respondetur enim de sententia quorundam, non esse eum cogendum partem duntaxat judicio persequi: quod significat licere ei tota decem persequi, non partem tantum. Neque vero id respondetur, nisi quia de eo quæsitum erat, an id creditori facere liceret. Sed et Julianus, cum repudiata hac sententia respondet cogendum esse creditorem partem duntaxat petere, de-

cla-

clarat de eo fuisse controversiam, an totum liceret creditori petere an partem tantum. Quod dixi creditorem, ut sibi totum persequi liceret, in jure apud prætorem postulare: ex eo liquet, quod Julianus respondet in hac contentione prætoris partes esse, ut actorem compellat ad accipiendum, quod offertur. Non compellit prætor, nisi de eo apud eum contendatur. Specie hujus loci
4 constituta, redeo ad quæstionem; † An debitore partem ejus quod petitur offerente, nihilominus recte postulet creditor de toto quod petit, sibi adversus eam actionem dari; an vero cogendus sit accipere quod offertur, et solum reliquum judicio persequi, si quidem de eo velit agere. Respondet Julianus, prius illud quosdam existimasse; posterius sibi magis probari, quia sit humanius. Ita fatetur prioribus illis non deesse juris rationem; sed humanum esse ait, ut alterum potius sequamur. Quod quam recte dicatur, quoniam dicitur per comparationem, non potest nisi ex contentione ra-
5 tionum utriusque partis intelligi. † Operæ pretium est igitur, quid illos alios moverit, ut diversum sentirent, ante omnia cognoscere, ut quam recte id deinde solvatur, opposita humanitatis ratione, intelligatur. Et summi juris ratio postulare videbatur, ne cogatur actor dividere suam actionem, neve liceat reo eam pro parte suscipere, et pro parte a se removere; sed ut is aut totam a se depellat totum offerendo, aut si totum non offert, totam suscipere cogatur. Non enim hoc in hereditatibus solum valet, ut heres aut totam hereditatem habere debeat, aut nihil; *L. quidam, in fin. C. de jur. delib. L.* 1. *et* 2. *infr. de acq. her.* sed receptum est etiam in legatis, ut legatarius pro parte legatum acquirere pro parte repudiare non possit, sed aut totum agnoscere, aut totum repudiare debeat. *L. legatarius, infr. de legat.* 1. Et ne in exemplis hujus generis pluribus colligendis longiores simus, ita fere jus constitutum reperietur, ut cum de re et facto aliquo probando aut improbando agitur, si ejus probandi aut improbandi facultas detur alicui, hæc illi conditio deferatur, ut aut totum comprobet, aut totum repudiet: ut autem pro parte probet, pro parte rejiciat, ubique hæc inconstantia improbetur, ut his locis confirmatur. *L. in caussæ, in pr. supr. de proc. L. cum quæritur, in fin. infr. de adm. tut. L. si ita stipulatio, in fin. infr. de oper. liber.* L. 6. *in fin. cum L. seq. infr. de bon. lib.* Itaque quod alibi traditur creditori recusanti denegari actiones, si debitor offerat pecuniam, quæ petitur, *L. si debitor*, 30. *infr. de solut.* dici potest recte in eo admissum esse, qui tantam offert, quanta petitur: quia hoc modo totius summæ actionem a se removeat; sed hoc ad eum transferri non debere, qui partem offert duntaxat paratus de altera litigare: quia hic pro parte actionem recuset, pro parte in se admittat. Et hæc subtiliter disputari posse agnoscit Julianus; *sed humanius esse ait, si prætor actorem compulerit ad accipiendum quod offertur*, etiam in hac caussa, ubi pars ab eo offertur, qui alteram negando de ea judicium suscipere paratus est. Ideo autem in hac caussa id sequi est humanius, quia in re quæ tota creditoris est, de ea ex commodo ejus statuendum est, ut si ei nihil prosit in id quod offertur, actionem dari; et debitori id noceat, non debeat in tam iniqua postulatione hujus actionis audiri. Talis autem hæc actio futura est, si eam dederimus. Sed de eo postea. Prius verba responsi expendenda sunt: sunt enim ita scripta, ut an id respondeat Julianus, quod dixi, et an id ipsum quod respondet, recte confirmet, non facile quivis intelligat. Et omnino cum responsum ejus, tum ratio ab eo subjecta singulari cautione indigent. Certe ejusmodi esse utrumque, quod minime perceptum sit ab interpretibus, ex his quæ dicturi sumus, spero, constabit. † Primum de quæstione 6
proposita respondet his verbis, compellendum actorem ad accipiendum, quod offertur. Si uti simpliciter hoc scriptum est, ita accipitur, aperte falsum est: nec juri civili tantum, sed etiam naturæ adversatur. Nam ut creditor accipiat, quod sibi offertur, agitur in eo solius ejus utilitas et beneficium. Jus autem non patitur, ut invito beneficium detur. *L. invito, infr. de reg. jur.* ne quod pro eo comparatum est, adversus eum convertatur contra omnem benignitatis rationem. *L. nulla, sup. de legib.* Quid, quod nec natura patitur, ut quisquam invitus cogatur accipere? Quomodo enim cogemus, ut velit? atqui nemo accipit, nisi qui hoc animo sit, ut velit, etiamsi maxime ei invito in manu posuerimus. *L.* 1. §. 1. *infr. de acq. pos.* Et hoc omnes concedunt, falsum esse compellendum esse actorem ad accipiendum, quod offertur, si præcise dictum intelligimus: itaque necessitatem hic intelligendam esse non absolutam, sed cum adjuncto, ut sit sensus: compellendum esse auctorem ad accipiendum, pœna proposita, nisi accipiat: qua ex re fiat, ut si hanc vitare vult, necesse habeat facere, quod jubetur. Quod et verum est: omninoque id ita accipiendum est, ut cum di-

dicimus procuratorem actoris, si a reo conveniatur, compellendum esse actorem defendere. *L. sed et hæ*, §. *defendere*, *supr. de procurat.* Etsi enim hoc ita alibi simpliciter dicitur: tamen in *L. invitus*, §. *pœna*, *supr. eod.* scriptum est, pœnam non defendentis procuratoris hanc esse, ut denegetur ei actio. Unde intelligimus dici eum compelli ad defendendum; sed ita, si velit non incidere in pœnam non defendentibus propositam, quæ est, ut denegetur

7 eis actio. † Sed quæritur, quæ sit hæc pœna, nisi actor partem accipiat, quæ offertur. Hoc vero recte statui cum ad sententiam hujus loci præcipue pertineat, nec tamen expeditum sit: in primis animadvertendum est, de quo mihi cum vulgo interpretum non convenit. Illi volunt pœnam actoris non accipientis, quod offertur, hanc esse, ut periculum partis oblatæ in eum transeat, id est, ut si pars oblata postea perierit, ei pereat, non debitori: hac ratione, quia in parte oblata recipienda moram fecerit, ut qui sine caussa eam accipere recusarit: *arg. L. qui decem*, *infr. de solut.* Sed neque hæc sententia de periculo partis oblatæ adversus eum creditorem, qui eam accipere recuset, recipienda est: et si per se vera esset; tamen ejusmodi pœnam hoc loco intelligi, usque adeo a verbis et sententia responsi alienum est, ut nihil potuerit fingi, non dico alienius, sed ineptius. Primum falsum est, creditorem qui partem oblatam accipere recuset, moram facere: etiam si debitor hanc solum, non totum quod petitur, fateatur se debere. De quo quia mihi constitutum est postea separatim dicere, hujus rei probationem in eum locum rejiciemus. Interim placet hoc concedi, creditorem in specie proposita non sine mora recusare partem quæ offertur, ut sit recusationis hæc pœna, ut deinceps ea pars illius periculo sit. Attamen nihil hoc ad hunc locum: in quo quærimus pœnam, seu incommodum, non quod ipso jure imponatur, sed quo utatur magistratus ad actorem compellendum. Ait enim Julianus, *humanius facturus videtur prætor*, *si actorem compulerit ad accipiendum.* Nihil hic de officio et compulsione magistratus cavendum erat, si res posita esset in sola juris auctoritate pœnam recusationi injungentis: sufficiebat enim dici compelli actorem accipere, quod offertur. Deinde quæstio posita est, an creditor possit etiam eam partem judicio petere, quam debitor ultro offert. Secundum istorum sententiam Julianus respondebit, nisi eam partem creditor accipiat, fore, ut postea ei pereat. Quid hoc ad quæstionem? Nihil enim prohibet, quominus res aliqua creditoris periculo esse incipiat, quia semel eam sine justa caussa accipere recusarit, et tamen eandem postea judicio petere possit: licet enim creditori postea petendo purgare moram. *L. illud*, *infr. de per. et com. rei vend.* Quam igitur pœnam hic intelligimus, quæ sit in manu magistratus: qua adhibita possit magistratus cogere actorem ad accipiendum, quod offertur? Si quid ad rem responderi volumus, hanc intelligere debemus, ut prætor actori deneget partis oblatæ actionem: ut sit sensus, humanius facturum prætorem, si actorem compulerit ad accipiendum quod offertur, denegata ei ejus partis actione. Sic enim et compellitur procurator ad defendendum eum, cujus nomine actionem sibi dari postulat, dum ei non defendenti actio denegatur, ut supra diximus ex *L. mutuus*, §. *pœna*, *supr. de proc.* Hoc vero instituto et quæstioni propositæ ita convenit, ut solum apposite ad quæstionem responderi potuerit. Quæsitum enim erat, an actor posset etiam eam partem, quæ offertur, judicio persequi. Hoc responso fit, ut intelligamus eum non posse, quia scilicet prætor ei deneget actionem ejus partis. Sed et hoc Julianum sentire ratio ab eo subjecta evidenter probat. Ait enim, *cum ad officium ejus pertineat lites deminuere.* Non deminuitur lis, si transferatur periculum oblatæ partis in actorem; sed si ei ejus partis actio non detur, nec ei de ea parte litigare liceat. Hoc autem facto recte dicitur cogi actor accipere quod offertur: denegata enim in eam partem actione, non possit amplius eam judicio auferre ab invito. Ita hoc restat, ut aut ei res amittatur, quam nunquam petet, aut cogatur eam a volente accipere.

† Sequitur ratio Juliani, quæ et ipsa non 8
minus animadvertenda est. *Humanius*, inquit, *faciet prætor*, *si actorem compulerit ad accipiendum*, *quod offertur*: *cum ad officium ejus pertineat lites deminuere.* Quæ ratio cujusmodi sit, videamus. Hoc enim sentit Julianus, pertinere ad officium prætoris lites deminuere, non eas sententia dirimendo, quod ad hunc locum non pertinet; sed actionem denegando, et ita efficiendo, ne lis sit de eo, quod petitur, ut fit in proposito in ea parte quæ offertur. Nisi vero diligenter cavemus, non effugiemus, quin hæc definitio et per se falsa sit, et quamvis vera esset, tamen ad id probandum quod præcedit, vitiosissime adhibeatur. Primum spectetur conceptio definitionis. *Ad officium prætoris*, inquit, *pertinet*

tinct lites deminuere. Simpliciter hoc scriptum est, et sine exceptione: quasi cum de lite instituenda agitur, prætoris hoc officium sit, actionem denegare: quod longe secus est. Prætoris omnisque magistratus officium est jus postulantibus reddere, eique uni rei magistratus constituti sunt. *L.* 2. §. *post originem*, *supr. de orig. jur.* Id non fit aliter, quam si prætor agere volenti actionem dederit, quo liceat cuique, judicio constituto, de jure suo experiri. Unde edicta ita constituta videmus, ut his ubique polliceantur prætores se judicium, seu actionem daturos. Inde et jurisdictio esse dicitur judicis dandi licentia: *L.* 3. *supr. de juris.* ut intelligamus partem esse juris dicundi, judicium dare et judicem, eoque et pertinere ad officium magistratus, cujus est jus dicere. *d. L.* 2. §. *post originem.* Postremo actionem de eo, quod debetur, postulanti dare, ita prætoris proprium est, ut nisi ex justa et magna caussa non possit eam denegare. *L. sed etsi*, §. *ait prætor*, *supr. ex quib. cau. ma.* Ante omnia igitur in hac ratione hoc moneamus: quod dicitur ad officium prætoris pertinere lites deminuere, actionem aut in totum quod petitur, aut pro parte denegando: non simpliciter accipiendum esse, sed cum hac exceptione, quantum licet, et quoad sine actoris injuria facere conceditur. Nam hoc nisi fit, usque adeo non est prætoris actionem seu de toto seu de parte denegare, ut nihil sit ejus officio magis contrarium. Injuria autem actoris detracta, nihil est, quod verius dicatur, quam esse ex officio magistratus quavis ratione lites deminuere, etiam actionem denegando. Hoc enim demum magistratus officium est, juris sententiam et voluntatem servare ac sequi: quando legum custodes sunt, et administri
9 magistratus. † Unde et jus dicuntur non facere, sed reddere: quasi dicas suæ curæ et fideicommissum, ita uti commissum est, populo tradere. Jus autem civile, cujus summa lex est salus populi, ut recte Cicero sanxit *lib.* 3. *de legib.* lites ut paci et traquillitati publicæ inimicas aversatur, et quantum potest minuere contendit: qua de caussa maxime et usucapio introducta est, et tanta vis transactionibus privatis tributa, ut indicant *L. ult. infr. pro suo*, *L. fratris*, *C. de trans.* Quare et magistratus maxime officium est idem sequi, quoad ejus sine alterius injuria facere licebit. Definitione exposita, major difficultas objicitur ex genere ratiocinationis, quod rursum consideremus. Ait Julianus, humanius facturum prætorem, si compulerit actorem ad accipiendum quod offertur, denegata actione ejus partis: et
rationem reddit, † ut quidem verba præ se 10
ferunt, *quia ad officium ejus pertineat lites deminuere.* Præpostera vero hæc ratio est, et inepta, dixerit aliquis: etiam si maxime propositio vera sit. Non enim ideo humanum est actorem ita compelli, quia ad officium prætoris id fieri pertinet; sed ideo pertinet ad prætoris officium, quia ita fieri humanum est: ut humanitas et æquitas facti in caussa sit, cur ita prætor facere debeat; non autem officium prætoris in caussa, cur sit humanum. Prius est enim natura, ut aliquid justum, vel æquum sit, quam ut prætor id debeat præstare: atque hinc pendet officium magistratus. Sed et illud in hac ratione vitiosum est, quod ex particulari propositione colligitur id, de quo quæritur. Definitio enim hæc erat, si modo ita accipienda est, ut accipiendam esse diximús, prætoris esse lites deminuere denegata actione non semper, sed cum licet, et cum æquitas et humanitas suggerit. Non recte hinc colligitur, ideo in specie proposita denegandam esse actori oblatæ partis actionem: quia dici possit non esse hanc speciem ex iis, in quibus humanitas et æquitas ad jus postulat: ut semper hæc quæstio supersit, an in hac specie actionem partis denegari sit humanum. Videamus etiam, ne ratio sit nugatoria, ex genere earum nimirum, in quibus quæstionis principium petitur. Quæritur enim, an humanum et æquum sit prætorem denegare actori actionem oblatæ partis, quo illum ad eam accipiendam compellat. Respondetur ideo humanum esse, quia ad officium prætoris pertinet lites deminuere, quoad æquitas et humanitas patitur. At hoc ipsum erat in quæstione, an humanitas seu æquitas id pateretur. Et est omnino ea conditio rationis hujus, ut in ea hæ reprehensiones omnes suscipiendæ sint, si putamus rationem ad id, quod Julianus humanum esse dixerat, referri. Quapropter quod ad genus collectionis reliquum est diligenter hac quoque parte monendi sumus cavendum esse, si quid hac ratione effici volumus, ne eo referamus. Quonam ergo? nam ut eo referamus, verba non obscure scripta exigere videntur. Propositio enim hæc est: ***humanius facturus videtur prætor***, ***si actorem compulerit.*** Ratio: ***cum ad officium ejus pertineat lites deminuere.*** Et ut de totius hujus loci sententia liqueat, intelligendum est, unam hic propositionem esse Juliani, non quæ verbis exprimatur, sed quæ prioribus positis satis colligatur: hujus propositionis duas ab illo reddi

di rationes, ambas ita distinctas, ut una non sit ratio alterius, sed solum sententiæ propositæ: ad eam vero relatas esse ejusmodi, quibus propositio recte confirmetur. Propositio est hæc: in utraque caussa hic proposita prætor compellere actorem debet, ut accipiat, quod offertur. Hæc, ut dixi, non exprimitur verbis. Sed cum ita scribit: *humanius facturus videtur prætor, si actorem compulerit ad accipiendum quod offertur*; id non alio spectat, nisi ut ex eo colligatur prætorem id ipsum facere debere. De officio enim prætoris hic quæritur: et vero hujusmodi conclusio ex superioribus verbis sua sponte intelligitur, atque adeo his ipsis continetur. Hujus propositionis seu conclusionis duæ sunt rationes: una, quia id fieri sit humanius; altera, quia etiam pertineat ad officium prætoris. Humanius esse probare videtur cum ait: si compulerit eum ad accipiendum, quod offertur. In his enim verbis, *quod offertur*, inest ἔμφασις hujus humanitatis rationem continens: quasi diceretur hoc ipso humanum esse cogi actorem partem accipere, de qua quæritur, nec posse de ea actionem postulare; quia ea pars a debitore ultro confitente offeratur. Cujus rei rationem pleniorem si quis desiderat, nos paulo post subjiciemus, et quidem ita, ut nemo possit de æquitate hujus sententiæ dubitare. Ac videtur eam rationem Julianus prætermisisse consulto, quia manifestam putabat. Et est omnino manifesta in eo quod offertur, ut est finis judicii: quo non de re confessa, sed controversa agitur, et agitur de eo, quod actor negatum consequi velit, non de eo, quod jam partum habeat, si non recuset: quale est quod ei offertur. Sed de eo paulo post. Nunc pergo ad alteram propositionis rationem, ut sententia hujus loci sicut propositum est, explicetur. Ergo præterquam quam quod prætor in proposito denegare debet actori oblatæ partis actionem, quia id fieri humanius est; etiam hac ratione tanto magis debet facere, quia ut fiat, præcipue ad officium ejus pertinet. Pertinere autem probat, cum ait ad officium ejus pertinere, lites deminuere. Inest enim in hac ratione hæc argumentatio: Ad officium prætoris pertinet lites deminuere; quæcunque occasio tulerit, ut sine injuria alterius possit facere. Deminuitur autem lis in proposito, si de parte tantum controversa actio datur, de confessa et oblata denegatur: et summa occasio est cur id fiat, quia humanum est, et creditori non nocet. Igitur ut ita fiat maxime ad officium prætoris pertinet: proinde etiam prætori ita faciendum est, ut est propositum. Hæc, nisi fallor, vera et germana hujus loci sententia est. De cujus tamen æquitate poterit fortasse adhuc dubitari; quia cur Julianus diceret humanum esse, non dari actionem ejus quod offertur, non omnibus notum est, ut ex sententia dissidentium licet intelligere, et hujus rei rationem ille prætermisit. Ac de eo etiam ideo dubitabatur magis, quod dixerimus creditorem invitum cogendum non esse partem accipere, quamvis reus hanc solum se debere fateatur. Quare ut æquitatem ejus sententiæ penitus perspicere liceat, rationem rationis pleniorem et evidentem jam subjiciemus.

11 † Non debet actori in utraque caussa hic proposita dari actio de eo quod offertur, eoque modo denegata actione compellendus est id accipere, tribus de caussis. Primum quia actor frustra ejus quod offertur actionem sibi dari postulat: deinde quia postulat etiam malitiose: postremo, quia constat, si reus de toto quod petitur, confiteretur, et solvere paratus esset, adversus eum actionem dari non debere. Primum frustra postulat partis oblatæ sibi dari actionem. Quorsum enim actio et judicium, nisi ut reus convincatur, convictus condemnetur, ac denique condemnatus remediis juris, idest, pignoribus ad sententiam exsequendam captis urgeatur ad solutionem? hic quidem unus finis est, et vis judiciorum privatorum. *L. negantes, C. de obl. et act. L. 1. C. de exs. rei jud.* At nihil horum petitur nisi frustra adversus offerentem. Volumus eum convinci? At confitetur, ut jam actor de fide debiti laborare non debeat. Quid, quod ne convinci natura potest, qui confitetur: cum is dicatur convinci, qui cum negaret, legitimis probationibus vincitur, et costringitur, ut vel fateatur, vel fateri debeat? Volumus eum condemnari, ut sic sententia adversus eum executioni mandari possit? Nihil his rebus opus est adversus eum, qui confitetur, et rem offert. Nam si condemnatio quæritur; hæc parta est adversus eum, qui jure fatetur: quoniam in jure confessi pro judicatis habentur, ut non minus et hi solvere cogantur, et pignora ab his capi possint, quam si condemnati essent. *L. unica, C. de confess. L. 1. infr. eod.* Sed et propria ratione frustra desideratur exsecutio adversus eum, qui offert, quia hic ultro suo tempore præstat quod petitur; exsecutio autem in eos tantum constituta est, qui condemnati intra tempora constituta judicatis non parent. Et ut uno verbo dicam, frustra petitur actio ejus quod a reo offertur: quia nullæ sunt partes judicantis in confi-

tentes, *d. L. proinde*, 25. §. *ult. supr. ad leg. Aq.* Qua ratione pro superioribus omnibus poteramus esse contenti, quia una omnes complectitur: nisi definitio esset obscurior: et hoc ipsum adhuc quæreretur, cur nullæ sint in confitentem partes judicantis. Ideo cum id efficiatur ex iis caussis, quas supra commemoravi, his uti malim, ne quid dubii hic relinqueretur. Sed tamen et hæc ipsa sententia juris certi liquido probat quod dicimus, frustra ejus quod offertur, postulari actionem, et judicium: ubi nihil eorum præstare judex possit, quorum gratia judicium postulatur. Jam vero si actio ideo actori dari non debet, quia frustra petitur: quanto minus illi danda est, si non tantum frustra petitur, sed etiam malitiose? neque enim malitiis indulgendum est. *L. in fundo*, *supr. de rei vind.* Atqui hujusmodi postulatio est actoris, si actionem postulet sibi dari de eo quod offertur. Malitiose enim institui generaliter dicendum est, quidquid quis facere instituit adversus alium, ex quo nihil laturus sit, nisi ut officiat. *dict. L. in fundo.* Id autem contingit in hac postulatione. Demus enim actori actionem de eo, quod oblatum est: non modo nihil ei proderit ea actio, quod supra demonstratum est; sed etiam maxime nocebit reo. Onerat enim eum, primum molestia et vexatione judicii: deinde non necessariis sumptibus: qui eo majores futuri sunt, quo plus in judicium deductum fuerit, si non in operas advocatorum et patronorum; at certe in sportulas, quæ a viatoribus præstantur. De quibus ita jus Romanorum fuit, ut ex quantitate rei vel summæ petitæ æstimaretur earum modus. §. *tripli*, *Inst. de act.* Postremo his de caussis constanter receptum est, si debitor fateatur se debere, quod petitur, paratumque dicat solvere: denegandas esse in eum actiones, sed petenti spatium dandum ad solvendum ut condemnato, ut initio diximus. *L. si debitor*, 30. *infr. de solut. L. si debitori*, *supr. de jud.* Quod in toto de quo reus fatetur, juris est: hoc idem et in parte, quam similiter se debere agnoscat, et offerat, admittendum est: quoniam actorem ad utrumque sine judicio accipiendum compelli, pariter nihil ei noceat. *arg. in L. quæ de tota: supr. de rei vind. L. 3. infr. pro derel.* Non me movet, quod vulgo placet, creditorem non esse cogendum partem debiti accipere, ubi totum a debitore non offertur. Etsi enim concedo id vere dici, usque adeo ut putem ne tunc quidem eum cogendum patrem accipere, de qua parte mox: non tamen id efficit, ut partis quoque oblatæ et recusatæ creditori tribuere debeamus actionem. Nihil hæc simile habent, recusandæ partis facultas, et facultas ejus persequendæ. Quod creditor partem oblatam non accipit, hoc ei utile esse potest propter incommoda divisæ solutionis, et ideo ei concedendum est. Quod autem etiam de ea parte judicio agere vult, est ei inutile, eoque nec concedendum; præsertim si conjunctum sit cum debitoris injuria, ut conjunctum esse ostendimus. † His expositis summa sit hæc 12
Juliani sententiæ, et superioris tractationis: quemadmodum cum debitor fatetur se debere totum, et paratum dicit solvere, in eum actio non datur, de quo inter omnes convenit, *L. si debitori*, *supr. de jud. L. si debitor*, *infr. de sol.* ita et si partem tantum offerat, quamvis alteram se debere neget, et de ea litigare paratus sit, nihilominus et in eum de eo quod offertur, denegandam esse actionem: de quo hic constituitur. Ita utrobique illud valere: in confitentes nullas esse partes indicantis, uti traditum est in *d. L. proinde*, §. *ult. supr. ad leg. Aq.* Hac ratione fieri, ut creditor, cui pars tantum offertur, compellatur ad accipiendum, quod offertur, siquidem eam partem a debitore consequi velit, non sibi perire. Nam cum duæ tantum viæ sint ejus parti obtinendæ, vel ut judicio eam consequatur ab invito, vel ut sine judicio eam accipiat a volente: priore via sublata, idest, judicio, relinquitur sola posterior, quam ad suum obtinendum sequi cogatur, nempe ut cogatur quod offertur a volente accipere. Id ita statui humanum esse, etsi subtilitas disputationis aliud exigere videatur. Cum autem humanum sit: tanto magis in hac specie probandum esse, quia hoc modo lites bono et humano more minuantur: quod fieri, ubicunque res postulet, in primis ad officium magistratus pertineat. Sed hæc hactenus de duobus debitoribus dicta sunt, quorum alter totum offert, quod petitur, alter ita partem duntaxat, ut idem de altera judicium suscipere paratus sit, idest, se eam debere neget: de quo solum Julianus loquitur, ut initio ostendi. † Quid fiet, si 13
quis totum fateatur se debere, et partem tantum offerat? Et si hujusmodi aliquis debitor dari posset, diceremus consequens esse superioribus creditori adversus hunc in totum denegandam esse actionem, non tantum in eam partem quæ offertur, sed etiam in eam quæ non offertur: quia semper illud tenendum sit, quod diximus, in confitentes nullas esse partes judicantis: item

fru-

frustra peti actionem adversus eum, qui in jure confessus pro judicato habeatur. Tantumque abest, ut cum id dicerem, putarem me adversus sententiam hujus loci dicere, ubi Julianus de eo debitore agit, qui quam partem non offert, eam se debere negat: ut existimem maxime id ipsum hoc exemplo confirmari. Cur enim creditor partem non oblatam, eandemque negatam judicio petere potest? quia de ea controversia est, et de re controversa judicium consistit. Contraria igitur de caussa judicium de ea parte non consistet, de qua confessione rei ita constabit, ut de ea nulla esse possit controversia, quia reus pro judicato sit; etiam si maxime eam partem non offerat. Quod ad partem oblatam attinet, si is creditor eam judicio persequi non potest, qui alterius partis integram actionem habet: quod fit, ubi reus se eam alteram debere negat: multo minus is oblatam petere poterit, qui ne alterius quidem partis habet actionem: quod contingit, cum debitor de altera quoque parte in jure confitetur. Dici enim potest unius partis actionem trahere posse ad se petitionem alterius partis, ne creditor actionem dividere cogatur. At ubi alterius partis non oblatæ actio nulla est, quod in confessa contingit, natura non patitur ut quæ nulla est, quidquam aliud ad se trahere intelligatur. Itaque si quis me rogaret, cum in parte oblata semper idem statuendum sit, ut creditor compellatur ad eam accipiendam, licet debitor de altera quoque non oblata confiteatur: qui fiat, ut Julianus responsum suum de creditore ad accipiendum compellendo in eum tantum contulerit, cui pars ita offertur, ut de altera ei fiat controversia. Responderem ideo fieri, quia in ea solum justa esset dubitatio, an propter alteram partem quæ peti potest, posset etiam petere eam quæ ultro offertur; in eo autem nulla esset, cujus debitor totam se debere fateretur: cum in confitentem nullum judicium esse possit, quia nullæ sunt in eum partes judicantis. Sed verius est Julianum ideo solum de eo respondisse, cujus debitor partem offerret, et alteram negando de ea litigare paratus esset: ut procederet, quod de debitore proponit, eum nimirum partem solum ejus quod petitur, obtulisse: hoc enim ita fieri potest, si quod restat, neget se debere; in eum autem, qui totum se debere fatetur, non cadit, ut dicatur partem tantum offerre, partem non offerre. Quisquis fatetur in jure se debere totum, idem et totum se solvere paratum esse ostendit: si non verbis, aut vi ipsa. Nam si totum debet, potestate juris efficitur, ut totum solvere debeat: cum obligatio sit juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ. *Inst. de obl. in pr.* Quod autem in jure fatetur, sponte sua hanc ipsam necessitatem solvendi sibi imponit: quia eodem jure confessi in jure pro judicatis habentur. Ostendere autem se paratum esse solvere nihil aliud est, quam offerre, ut ex duobus his locis inter se collatis intelligetur, *d. L. si debitor*, *infr. de sol. et d. L. si debitori*, *supr. de jud.* Quæ si ita sunt: est, quod non in una aliqua specie, sed in universum recte definiamus cum de confitentibus debitoribus, tum de re quæ ab his offertur. Primum de confitentibus hoc modo, quantumcunque est, quod quis se debere in jure confitetur, sive de toto fateatur, sive de parte tantum, quatenus id facit, semper illud verum esse, in confitentem nullas esse partes judicantis: itaque nec de eo de quo confitetur, judicium in eum reddi posse, sed perinde habendum, ac si judicatus esset. Tum de eo quod offertur, hoc modo: nunquam creditorem, quod a debitore in jure offertur, judicio petere posse, ut pote prætore in eam rem actionem denegante, sive reus totum offerat, quod petitur, sive partem duntaxat. Uno autem modo fieri proprie, ut quis partem tantum offerre dicatur, si partem se debere teneatur, et alteram neget. Nam qui fatetur totum se debere, vi ipsa et totius solutionem offerre intelligitur. Atque hic est, quod Julianus cum de partis oblatione dicere vellet, quæstionem ad eum debitorem nominatim retulit, qui de altera parte controversiam faceret.

Quod reliquum est, quoniam abutuntur vulgo interpretes hoc responso, ut ex eo statuant creditorem etiam partem quæ a debitore offertur, ita accipere cogi, ut nisi accipiat, moram faciat, et pars periculo ejus esse incipiat: alii quidem sine exceptione, ut fecit *Alciatus*; alii autem tunc solum, cum debitor eam solam partem se debere fatetur, ut fit in specie hujus responsi, quæ vulgaris sententia est: quo hic error penitus evellatur ex hoc loco, ne deinceps veram ejus sententiam conturbet, semel quid de ea re tota statuendum sit, paucis videamus. † Ajo, jure publico debi- 14
torem rei debitæ partem solvere invito creditore non posse: id est, non posse *ita* offerre, ut illo recusante possit eam partem obsignare, et ea obsignatione liberari: et quod idem valet, Ajo, si debitor *ejus* quod totum ex aliqua caussa debet, partem creditori offerat, licere creditori eam partem

non

non accipere impune, ut si ea pereat postea, non magis creditori pereat, quam si omnino oblata non esset. Nec quidquam referre puto ad recusandi facultatem, utrum debitor fateatur se debere totum quod petitur, an id tantum, quod offert. Hæc sententia partim certis locis constituta est; partim ratione juris efficitur ita explorata, ut aliis constitutionibus deficientibus tamen de ea minime dubitari oporteat. Si auctoritas constitutionis quæritur: fateor parum præsidii esse in eo loco, quo vulgo interpretes ad hujus sententiæ confirmationem utuntur. Is est *L. tutor*, §. *Lucius*, *infr. de usur.* ubi debitore solam partem debiti obsignante respondetur non retardari totius debiti usurarum præstationem adversus eum creditorem, qua paratus esset totum suscipere, si offerretur. Esse enim hic potest defensioni Alciati locus, ut dicatur de usuris sortis hoc scriptum esse, ad sortis liberationem non pertinere. Usuræ enim debentur sub conditione, si sors soluta non sit: conditio hæc non scinditur. Verum est enim sortem solutam non esse, quæ tota soluta non est. Eo fit, ut sorte tota non soluta, usurarum summa quanta promisssa est, secundum conditionem debeatur. *L. cui fundus*, *infr. de cond. et dem.* *L.* 5. §. *ult. infr. de verb. obl.* Hæc ratio cessat in sorte: quippe quæ pure debetur. Ut dici possit nihil prohibere, quominus debitor parte sortis oblata et obsignata, pro ea parte liberetur in sorte, neque tamen eo minus totius sortis usuras debeat, quia id actum sit, ne eas debere desineret, nisi tota sorte exsoluta. Dici etiam potest in ea specie, cum sors et usuræ sortis promissæ sunt, quamvis quis concesserit parte sortis obsignata non contingere ejus partis liberationem: non ideo tamen id ad alias species in quibus sors sine usuris debetur, transferri debere: quia usurarum conditio ostendit hoc ipsum et in sorte actum esse, ne particulatim eam solvere liceret, ne et pro parte usurarum liberatio contingeret, quod conventio aperte prohibet. Sed non eo minus certo jure constat hæc sententia, non posse debitorem partem solvere invito creditore. Prope diserte expressa est in *L. obsignatione*, *C. de sol.* ubi hæc definitio traditur: *obsignatione totius debitæ pecuniæ solemniter facta liberationem contingere manifestum est.* Ut nominatim adjectum est, *solemniter facta*, ex qua adjectione intelligimus, nisi obsignatio solemniter facta sit, eam nihil prodesse: ita nominatim dictum est, *totius debitæ pecuniæ*, ut intelligeremus nisi et tota pecunia debita obsignetur, liberationem non contingere. Atqui obsignatio pro justa solutione et liberatione est, ubi debitor solutione liberari potest, *d. L. obsignatione*, *L. acceptam*, *C. de usur.* Sic ergo licet argumentari: si debitori particulatim solvere permittitur, licet ei et partem debiti offerre, ac recusante creditore ita obsignare, ut ejus obsignatione liberetur: quia obsignatio solutio est. At partem debitæ pecuniæ obsignando debitor nihil agit. Proinde nec si partem solvere velit, quidquam proficiet, si creditor accipere recusabit. Observandum est autem non dici contingere liberationem obsignatione totius pecuniæ confessæ seu liquidæ, sed totius pecuniæ debitæ: quo rursum declaratur ad justam oblationem et solutionem non illud inspici, an debitor totam pecuniam offerat, de qua confitetur; sed an offerat totam, quam debet. Proinde si totam debuit, et partem tantum offert, nihil aget ne pro ea parte quidem, quantumvis se eam solum debere agnoscat. Quod si in hac sententia ratio juris quæritur, ea est in promptu. Nihil enim certius, quam creditorem impune et sine ullo periculi rei amittendæ metu rem debitam a debitore oblatam non accipere, si recusandi justam caussam habet, *L. qui Romæ*, *in pr. infr. de verb. obl.* *L. qui decem*, *in pr. infr. de sol.* At recusandæ partis oblatæ non una caussa est, eaque justissima. Quare necesse est, si oblata recusabitur, eam jure et impune recusari. Recusandi ratio duplex est. Una est, quod debitor partem non ita solvit, ut debuit. Naturæ ratio exigit, ut quomodo quidque contractum est, eodem modo et dissolvatur. *L. nihil tam naturale*, *infr. de reg. jur.* At obligatio ab initio ita contracta est, ut debitor vel totum semel acciperet, vel de toto semel obligaretur. Proinde et secundum naturam obligationis est et naturæ regulam, ut totum et semel solvat ut debuit. Secus si facit, aliter solvere postulat, quam debuit. Idcirco et hanc solutionem juste creditor recusabit. Ut enim aliud quam debetur, invito creditore solvi non potest: *L.* 2. §. 1. *supr. eod.* sic nec aliter quam convenit, et obligationis natura patitur; veluti si debitor alio loco offerat, aut alio tempore, quam debuit. *d. L. qui decem*, *infr. de sol.* *d. L. qui Romæ*, *infr. de ver. ob.* *d. L. obsignatione*, *C. de sol.* Altera recusandi ratio est, quæ et vulgo recte redditur, quod partium solutio damnosa est creditori. Constat autem ibi minime cogendum creditorem accipere quod aliter offertur, quam obligatio contracta est,

ubi

ubi ex ea re aliquod damnum metuat. *L. debitorem, alias, Paulus*, 99. *infr. de sol.* Quod si quis partium solutionem creditori damnosam esse neget, ut Alciatus, is mihi non tam jure, quam quotidiana rerum experientia refelli videtur. Jure quidem satis, si pro jure habemus *L. 3. supr. fam. erc.* illic enim diserte scriptum est, sæpe solutionem partium non minima incommoda habere. Sed non tam quid illic scriptum sit, quam quid sit in re, spectandum arbitror. Non tam enim ex juris tatione illud dictum est, quam sumptum est ex usu et experientia communi. Hæc vero nos docet majorem summam pecuniæ utilem esse ad emptionem prædiorum, tum ad collocandum, ne pecunia domino otiosa sit, ubi vel pretium prædii venditi, vel debitor pecuniam sub usuris accepturus semel majorem summam desideret: minores autem summas scimus ad eas res ut plurimum esse inutiles. Partem quæ nunc offertur, creditor accipiet, inquies, eamque asservabit, donec reliquum accipiat, ut sic denique totam summam confectam habeat. Si quidem asservari solerent hæ partes, aut asservari possent sine periculo creditoris, facilius admitti posset recte eum facturum, si oblatas acciperet. Nunc autem eadem experientia testatur, quam proclives homines sint ad minutas summas consumendas; contra autem quam sint attenti ad majores asservandas, dum curant, ut sint paratæ ad usus repentinos. Tum autem in partibus solutis asservandis donec reliquum debiti conficiatur, non parvum creditoris periculum est. Quid enim si interim illæ amittantur vel incendio, vel ruina, vel bello, vel furto, aut aliis casibus, quibus hæc vita obnoxia est? Nempe hæ creditori perierint, qui earum dominus factus est. *L. pignus, C. de pig. act.* cum si illæ apud debitorem mansissent juste recusatæ neque creditorem molestia custodiæ onerarent, neque amissæ illi perirent sed debitori. *d. L. qui decem, infr. de sol.* Si his de caussis juste partem accipere recusat creditor, cum debitor totum se debere fatetur, et partem tantum offert, quæ sententia vulgo recepta est: necesse est et tunc creditorem juste recusare videri, cum pars ab eo offertur, qui hanc solum se debere dicit. Nam et hic non minus verum est partem debiti offerri: nec minus verum parte oblata aliter solvi, quam debuit: et hanc solutionem conjunctam esse cum damno creditoris. In qua autem ad recusandum eædem caussæ sunt, ei ad recusandum jus idem esse oportet. At enim debitor putat totum offerri, quod debetur. Si vere amplius debet quam offert, ejus falsa existimatio veritatem rei non mutat, *L. assumptio, infr. ad munic.* At iniquum est ei justam ignorantiam nocere; qui si scivisset se totum debere, quod petebatur, totum obtulisset, et se omni ea obligatione, et periculo pecuniæ solutæ liberasset. Iniquum esset, nisi postularet, ut hæc ignorantia ad alienam injuriam converteretur; nempe ut propter hanc ignorantiam cogeretur creditor accipere, quod jure suo recusare potuit, aut parte oblata postea amissa periculum esset creditoris. Cum factum ejus sit, quod totum non obtulit, cum totum deberet: naturæ æquitas et regula juris faciunt, ut ei factum suum potius nocere debeat, quam adversario, *L. factum cuique, infr. de reg. jur.* † Sed improba- 15
tur tota hæc sententia Alciato, qui motus videlicet maxime verbis hujus responsi, cum ad *L. 2. infr. de verb. obl.* tum hoc loco accuratius in totum defendit cogi creditorem accipere partem debiti, quæ offertur; alioqui eum moram facere, et periculo rei oblatæ alligari: non solum tunc, cum debitor negat se reliquum quod petitur debere: quo casu etiam cogi creditorem accipere quod offertur vulgaris sententia admittit ex hoc loco; sed adversus omnium aliorum sententias etiam tunc, cum debitor totum se debere non negat, sed videtur ei partem tantum in præsentia offerre. Quam sententiam cum ille variis argumentis conetur confirmare, nempe totidem impugnatur ab illo contraria, quam supra posuimus. Itaque hoc restat cum ad confirmationem veræ sententiæ, tum ad sententiam hujus loci magis statuendam, ut breviter quid ille afferat, consideremus: ac quo res sit dilucidior, distincte de singulis objectis respondebimus. Sunt autem ejus objecta fere ad quinque numero. In prius urget verba hujus loci. Quoniam infinite scriptum est, humanius facturum prætorem, si actorem compulerit ad accipiendum quod offertur. Hoc ille cum vulgo interpretum sic accipit: quasi diceretur jure eum cogi accipere, quod offertur. Quo concesso plane consequens est, quod vult, creditorem non jure recusantem moram facere: proinde et si pars oblata postea sine culpa debitoris perierit, debitorem liberari. *L. qui decem, infr. de solut.* Eadem interpretatione admissa, recte et illud Alciatus adversus vulgus interpretum consequens esse contendit, ut si in inficiante debitore partis solutio admittenda est, quod illi concedunt: recipienda sit et in confitente: ut nihil eos adjuvet ad defensionem sententiæ suæ, qua volunt creditorem non cogi partem debiti li-

liquidi a debitore accipere, quod dicunt hic agi de eo debitore, qui illam partem quam non offert, neget se debere. Etsi enim verum est de ea hic agi, ut initio ostendi: tamen inficiatio etiam quæ dolo caret, nihil tribuere potest aut debet debitori, quod ille si fateretur, non haberet. Jus enim cuique ex conventione et facto præcedente nascitur, non ex inficiatione: alioqui facile quivis inficiando consequeretur, quod vellet. Multo minus potest debitoris inficiatio quidquam detrahere juri creditoris, si quid ille in vero debito adversus confitentem haberet. Quid ergo est? Nempe omnium communis error in eo est, quod putant hoc loco dici actorem cogi accipere, quod offertur. Quod tantum abest, ut verba exprimant, aut Julianus sentiat, ut nihil verbis et sententiæ Juliani magis adversetur. Ille scribit actorem a prætore compellendum ad accipiendum, quod offertur. Longe aliud est actorem cogi accipere quod offertur: aliud, actorem a magistratu compellendum ad id accipiendum. Qui dicit actorem compelli accipere, hoc exprimit, cogi eum et jure et quovis modo: generaliter enim loquitur: ut hoc dicere intelligatur non tantum denegari debere ei actionem ejus nomine quod offertur; sed etiam si recuset, periculi rei pœnam subire. At qui dicit actorem cogendum esse a magistratu ad accipiendum, quod offertur: is priorem pœnam denegatæ actionis complectitur; posteriorem autem etiam verbis repudiat. Nemo a magistratu cogi potest, nisi remedio magistratus proprio, seu quod sit in potestate magistratus. Remedium magistratus proprium ad compellendum ut quid faciat is, qui actionem postulat, est denegare ei actionem, ubi res exigat. *L. invitus*, §. *pœna*, *supr. de proc. L. sed etsi*, §. *ait*, *supr. quib. ex caus. manum.* Efficere autem, ut creditoris periculo sit ea pars quæ offertur, pœna juris est, non magistratus. Simul enim atque creditor sine caussa recusavit quid accipere, jure moram facit, et ex mora periculo rei obstringitur: *L. qui decem*, *infr. de solut.* ut si conetur postea magistratus eam pœnam imponere, nihil agat, quia satis jam imposita sit ipso jure sine opera cujusquam. Proinde prius remedium verba ipsa vi sua continent; posterius rejiciunt. Quod si verba generaliter ita scripta essent, ut diceretur actorem compelli ad accipiendum, quod offertur; tamen ea ad quæstionem propositam revocari deberent, ut conveniret responsum interrogationi. Id enim sententia respondentis exigit: arg. in §. *præterea*, *Inst. de inut. stip.* ubi autem sententia scriptoris manifesta est, verba captare non oportet, sed qua mente quidque dicatur, solum spectare, ut recte præcipitur in *L. pen. infr. ad exh.* At hic quæstio aperte posita est, an creditor cui pars debiti tantum offertur, possit eam quoque partem judicio petere una cum ea, quam debitor se debere negat. Quapropter etsi hic respondetur cogi creditorem partem accipere quæ offertur; tamen intelligere deberemus cogi eum accipere, ut offertur, idest, sine judicio: non etiam posse eam judicio persequi, de quo quæsitum erat. Ita et verbis superioris definitionis, et manifesta sententia responsi efficitur, unam hanc compulsionem hic accipi debere, quæ fiat, denegata a magistratu partis oblatæ, quæque nunc offertur, actione. Neque vero si creditori ejus partis quæ offertur, actio deneganda est, ideo et ejus partis deneganda est ei recusatio. Ut enim supra ostendimus, partem quæ offertur petere nisi dolo malo actor non potest: cum si eam habere non vult, non debeat petere; sin vult, sit in ejus potestate statim id consequi eam, ut offertur, accipiendo. Ac de hoc loco satis jam responsum puto: reliqua videamus. Ut ergo probet Alciatus debitorem partem solvere posse invito creditore, ut nisi creditor oblatam accipiat, moram faciat, utitur secundo loco argumento ejus quod de divisione obligationis legimus in *L. 2. §. 1. infr. de ver. ob.* sic enim illic Paulus scribit, † obli- 16
gationem pecuniæ dandæ recipere *partium præstationem*: quod nihil aliud est, nisi debitam pecuniam pro parte posse præstari; vel ut alibi scriptum est, id quod debetur, pro parte recte solvi, §. *item per*, *ver. sicut autem*, *Inst. quib. mod. tol. ob.* Hoc ille, quia simpliciter dicitur, sic, accipiendum putat, quasi dictum esset rem pro parte præstari, seu solvi posse non tantum volente, sed etiam invito creditore: nihil enim distinguitur: et satis constat ubi generaliter quid et sine distinctione in lege scriptum est, legem quoque ita accipiendam, ut omnia quæ orationi generali insunt, comprehendantur. *L. metum*, §. 1. *supr. quod met. cau. L. item veniunt*, §. *petitam*, *ver. a quo*, *supr. de her. pet. L. de pretio*, *infr. de publici.* Contra vulgo interpretes superius illud ita dictum volunt, ut obligatio dandi partium præstationem recipiat, volente et partem admittente creditore, non item invito. Recte illi: non recte Alciatus, ut mox liquebit. Sed plerique moventur eo, quod in superiore definitione et tota ea disputatione Pauli nihil

no-

nominatim adjectum est, quo distingueretur, exprimereturque de volente creditore: eoque cum Alciato adducuntur, ut generalitatem orationis retinendam putent, nec existiment objectionem satis apte dilui, si dicatur alibi de volente creditore expressum esse: (quanquam et id negant) quia in scripto Pauli quid alii scripserint aut senserint, nihil ad rem pertineat; sed quid Paulus ipse, de cujus sententia quæritur. Ergo ne quis in posterum hac re moveatur, neve dubitet locum Pauli ita accipiendum, ut intelligi debeat, pecuniam pro parte præstari posse volenti, non invito: sic habeatur: hujus rei probationem non aliunde petendam esse longius, sed in ipsis verbis Pauli, tum in sententia quæ ex reliquis verbis colligitur, eam probationem contineri: ut qui locum ad invitum creditorem trahet cum Alciato, is contra significationem usumque loquendi, et contra apertam Pauli sententiam faciat. Dico his verbis, pecuniæ obligationem *partis præstationem recipere*, seu pecuniam pro parte præstari posse etiam si nihil aliud adjiciatur, hoc exprimi, pecuniam pro parte volenti præstari posse, non etiam invito. Aliud est enim offerri, aliud præstari. Offerri pecunia et volenti creditori potest, et recusanti: ut si dictum esset pro parte eam offerri posse, non negem hoc contineri, ut possit et volenti, et invito. At præstari pecunia nisi volenti non potest. Non est enim præstatio sine accipiente, ut de donatione scriptum recte est a Cicerone *in Topicis*, cui congruit *L. hoc jure*, §. *non potest*, *infr. de don.* Nemo autem accipere potest, nisi volens. Ita fit, ut *in præstationis* verbo vi ipsa etiam voluntas accipientis contineatur. Ne quis autem hic cavilletur, nimium nos subtiliter verba aucupari, præterquam quod ferat loquendi ratio, et juris auctorum usus: sciat in hujusmodi orationibus hunc ipsum esse usum juris, ut partis præstatio et solutio, quæ recipitur, intelligatur semper ita, ut potestas verbi exigit, idest, ea quæ a volente creditore admittatur. Id certius demonstrari non potest, quam ex *d.* §. *item per*, vers. *sicut autem*, *Inst. quib. mo. tol. ob.* Illic enim comparantur inter se solutio partis, et partis acceptilatio, deque his ita scriptum est: *sicut quod debetur, pro parte recte solvitur, ita in parte debiti acceptilationem fieri posse.* Quid est autem pro parte aceeptilationem fieri posse? non utique posse etiam invito creditore; sed ita, ut fert acceptilationis natura, id est, creditore consentiente: constat enim acceptilatio duorum consensu: creditoris et debitoris; *L. an inutilis*, *infr. de accept. L. si unus*, §. *pen. supr. de pac.* sed maxime creditoris, de cujus jure remittendo agitur. Proinde et quod de solutione ibidem dicitur id quod debetur, pro parte recte solvi, eodem modo intelligere debemus, ut recte solvatur admittere creditore: quia non sit solutio, nisi cum naturaliter pecunia creditori numeratur. *L. solutam*, *infr. de solut.* neque id fit aliter, quam volente eo et accipiente. Eumque esse sensum ejus loci ex eo apparet, non tantum quod eadem figura orationis de solutione partis et partis acceptilatione eodem in loco comprehensum est; sed etiam quod hæc duo in facultate partis liberandæ comparantur. Quod si cum dicimus pecuniam *partis præstationem recipere*, seu pro parte præstari vel solvi posse, non esset hæc vis verborum: ut his contineretur acceptio creditoris ista admittentis, sed verba communiter et ad volentem creditorem et ad recusantem referri possent: tamen si constaret Paulum, cum his verbis usus est, de volente tantum creditore sensisse, nihil amplius quærere deberemus. Verbis enim generalibus standum est, sed in re dubia; non cum certum est hoc non sensisse scriptorem, ut omnia, quæ verbum significat, contineantur. *L.* 1. §. *licet*, *ver. in re igitur*, *infr. de exer. ac. L. non aliter*, *infr. de legat.* 3. Jam vero ex his quæ sequuntur, manifestum est quid Paulus sentiat, cum initio dicit, quasdam obligationes *seu stipulationes partium præstationem recipere*, veluti cum decem dari stipulamur: paucis enim verbis interjectis et in cœpta partitione perseverans, subjicit: *quædam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit: veluti cum hominem generaliter stipulor. Nam si Stichi pars soluta sit: nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est.* Ergo quod prius dixerat, quasdam *partium præstationem recipere*, hoc sensu dixerat, ut intelligeremus eas recipere hanc præstationem effectu: id est, ita ut si partes præstitæ sint, pro his partibus stipulationi satisfiat, et hactenus debitor statim liberetur: ut utrobique non tam de facultate partis præstandæ, quam de effectu præstationis sentire intelligatur: alioqui male posteriorem speciem quam retuli, a priore illa distinguit. Et omnino Pauli in supra scriptis verbis ea sententia est, quam Ulpianus paulo pluribus et dilucidius expressit in *L. stipulatus*, 9. §. 1. *infr. de solut.* his verbis: *qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis liberatur, et reliqua quinque sola in obli*ga-

gatione remanent. Item qui Stichum debet, parte Stichi data in reliquam partem tenetur. Qui autem hominem debet, partem Stichi dando nihilominus hominem debere non desinit. Ex quibus perspicuum est, utrumque hoc ostendere, si pars rei debitæ præstita sit, quam recte quamque utiliter præstetur ad liberationem, sive certa summa aut certa species promissa sit, sive quid generaliter. Præstatio porro quæ præcessit, et de cujus effectu quæritur, nisi in eo creditore, qui hanc prius suscepit, intelligi non potest: nec suscipere poterit, nisi volens. De partis igitur præstatione quæ volente creditore fiat, uterque sine dubio loquitur.

17 † Tertium argumentum Alciato ex persona et conditione heredum ducitur: atque hinc ita ratiocinatur: certi juris definitio est tradita in *L. 2. §. ex his, infr. de verb. obl.* ex persona heredum conditionem obligationis non immutari. Immutabitur autem, si debitori ipsi partem præstare invito creditore non licebit: quoniam hoc singulis heredibus facere conceditur in parte debiti hereditaria, in quam successerunt. Ergo et debitori idem prius licere existimandum est. Et cætera, quæ sumit, verissima esse concedo: non posse ex persona heredum immutari conditionem obligationis: et posse unumquemque ex heredibus partem debiti in quam successit, ita creditori offerre, ut illo recusante si eam obsignet, jure ipso liberetur. Quod autem ait, nisi idem debitori ipsi conceditur, conditionem obligationis immutari: duo sunt, quæ hic respondeam: primum id falsum esse: deinde si quis concesserit hoc modo obligationis conditionem immutari, tamen immutari eam in persona uniuscujusque heredis separatim; id autem fieri jus non vetare. Si cum debitor totum præstare debet, heres partem solum hereditariam recte præstat, non modo non immutatur eo modo conditio obligationis, sed maxime conservatur: sic enim fit, ut quisque tantum solvat, quod debuit, non amplius. Debitor totum præstare cogitur; nempe quia solus totum debet atque hoc solvendo liberatur. At heres partem solum debet, quia æs alienum inter heredes pro portionibus hereditariis ipso jure dividitur. *L. 2. C. de her. ac. L. pacto successorum, C. de pact.* Consentaneum igitur hoc conditioni obligationis, quæ in persona defuncti fuit, ut heres quoque hanc partem præstando liberetur, quia id totum est, quod ille debuit. Amplius vero ab eo si exigimus, hic demum dissimilis conditio obligationis in utriusque persona esse incipit, non eadem: quia quod non debet, exigimus. Nisi forte conditionem eandem obligationis in utroque esse sic intelligimus: si sit utriusque eadem conditio: ut quod uni ex heredibus tribuitur, idem tribuendum sit et defuncto. Quod non ita esse nemo est, qui ignoret, cum defunctus totum debuerit; heres autem in partem debiti tantum succedat. Alioqui alterutrum suscipiendum erit, ut aut dicamus unumquemque ex heredibus solidum debere, ut debuit defunctus: aut quemadmodum unus ex heredibus partem hereditariam quam debuit præstando, in totum liberatur: sic et debitorem dum vivit si partem solverit, in totum liberari: quorum utrumque nisi absurde dici non potest. Quod si quis contendet, dum a debitore hoc exigimus, ut totum præstet, ab herede autem, ut partem tantum, immutari, in eo conditionem obligationis: concedam hoc etiam, dum illud retineam, immutari eam ex persona unius heredis, seu singulorum separatim. Sed hoc tantum abesse, ut sit absurdum aut iniquum, ut contra rei æquitas, et natura cogant ita fieri: cum heres ultra portionem hereditariam non sit heres, eoque nec possit ultra eam portionem ut heres teneri. Sed nec superiori definitioni juris id adversatur. Non enim dictum est: conditionem obligationis non immutari ex persona heredis, sed ex persona heredum: ut sit sensus non immutari ex persona heredum universorum seu heredum omnium conjunctim. Hoc vero dum fiat, quid in singulis heredibus separatim accidat, quærendum non est: quoniam universi heredes conjuncti personam defuncti sustinent, non singuli separatim heredes. Sic autem fit, ut ex persona heredum universorum conditio obligationis non immutetur, si omnibus rei debitæ partem solventibus ea sit conditio rei, ut non possit, nisi una eademque res soluta esse, et ea quæ debebatur, non autem diversarum rerum partes. Sed de ejus loci sententia plura diximus in ejus explicatione ad *L. 2. §. ex his, de ver. obl.* Quarto loco utitur Alciatus argumento *L. placuit, C. de coll. fund. patrim. lib.* XI. Illic constitutum est, licere possessoribus fundorum patrimonialium pensionem annuam particulatim solvere, dummodo numerum ternæ illationis non excedant. Sic ille colligit: si hoc receptum est adversus fiscum, multo magis adversus privatos creditores recipiendum est. Ego autem contra sic puto colligi debuisse: constitutum hoc est nominatim in caussa pensionum publicarum quæ pro fundis patrimonialibus debentur; in cæteris igitur caussis, et cæteris con-

contractibus diversum jus est. Nam si possent debitores omnes jure communi particulatim solvere invito creditore, nequidquam id de possessoribus fundorum patrimonialium in pensionibus publicis solvendis caveretur: quod in legibus factum esse nunquam admittendum est. *arg. in L.* 1. §. *ult. infr. ad Municip.* Apparet ergo id in hac caussa singulari jure constitutum esse, vel sublevandorum possessorum caussa, qui publicis pensionibus onerantur; vel etiam Reip. gratia, quo fiscus facilius suum consequatur: quia facilius sit plures particulas separatim expedire, quam totam summam pensionis debitæ repræsentare. Ultimum argumentum Alciati non videtur egere responsione: ipsum enim satis se ostendit. Ille sic argumentatur: Creditor partem petere potest etiam ab invito debitore. *L. in commodato*, §. *duabus*, *infr. com.* Ergo et debitor pro se partem solvere potest etiam creditore invito: quia favorabiliores sint rei quam actores. *L. Arrianus*, *infr. de verb. obl. L. favorabiliores*, *infr. de reg. jur.* Male comparat Alciatus res inter se non tantum ratione dissimiles, sed etiam contrarias. Creditor partem debiti potest petere, quia in eo de jure suo statuit, nec minus petendo, debitori nocet. Licet autem illi renunciare juri suo, et conditionem suam, ut velit, deteriorem facere. *L. pen. C. de pact. L. pactum*, *supr. de pact.* Inverte rationem: consequens erit non posse debitorem partem solvere invito creditore. At debitoris plane contraria caussa est: cum enim is partem offert, et creditorem cogere vult partem accipere, in eo de creditoris jure statuit, non de suo, neque id sine creditoris injuria, ut docuimus. Plus quam autem certum est neque debitorem neque alium quemlibet creditoris sui aut alterius cujusquam conditionem facre posse deteriorem. *L. solvendo*, *supr. de neg. gest.* Quibus remotis, est, cur jam sine hæsitatione statuamus, si quid cui ex una caussa et obligatione debeatur, nunquam jure communi creditorem cogi ejus, quod ex ea caussa petitur, partem accipere, sed eam recusare impune. Si quid debeatur, inquam ex eadem caussa. Nam si plures res debeantur ex diversis caussis, non prohibetur debitor quod ex singulis debetur, separatim solvere. *L. ult. infr. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Nec injuria: ut enim contractæ sunt obligationes, ita et dissolvi debent. *L. nihil tam naturale*, *infr. de reg. jur.* Separatim contractæ sunt: recte igitur fit, et naturæ cujusque convenienter, si quod ex his debetur, separatim solvitur. Neque metuendum est, ne cum id fiet, debitor videatur invito partem offerre. Cum enim singulæ caussæ suum quoddam totum habeant, quo constent: dum id offeretur, recte dicetur, totum quod debetur, non pars offerri. † Sane interdum 18
quod ex una caussa debetur, ejus quoque partem creditor accipere cogitur, sed jure singulari. Quod libertatis caussa receptum est, cum servus ut ad libertatem perveniat, decem dare debet. Nam etsi jussus sit liber esse sub conditione, si decem dederit: placet heredem per partes accipere cogendum, quod conditionis implendæ caussa præstatur favore libertatis. *L.* 4. §. *item si decem*, *infr. de statulib.* Idem constitutum est in caussa pensionum publicarum, quæ pro fundis patrimonialibus præstantur: de quibus, ut dixi, cautum est, ut eas liceat colonis particulatim solvere, dum ne sæpius quam tribus in singulos annos vicibus. *d. L. placuit*, *C. de col. fun. patrimon. lib.* XI. Quod cum certarum personarum, et certarum pensitationum caussa constitutum sit, jus singulare esse apparet. Num ergo in his caussis quidquam superiori sententiæ contrarium dicimus? Imo his exemplis eam sententiam maxime statuimus. Nam si in his caussis jus singulare est, quod partem licet præstare: in contrariam sententiam jus commune sit, necesse est. *L. in his*, §. *jus singulare*, *supr. de legib.* Hac sententia bene constituta, fit, quod de hujus loci interpretatione voluimus (huc enim maxime superior disputatio collata est) ut minus jam dubitari possit verum esse, quod de sententia hujus responsi supra demonstravimus: nimirum quod hic dicitur actorem a prætore compellendum ad accipiendum quod offertur, non de alia compulsione intelligendum esse, quam quæ fiat a magistratu, denegata actori in partem oblatam actione: posteaquam non solum videmus agi hic de compulsione magistratus, cujus alia ratio non est ad cogendum accipere quod offertur, quam ut in id deneget actionem: sed etiam superiore disputatione effectum est recusanti partem creditori nullam necessitatem accipiendi jure imponi, atque adeo hanc justa de caussa recusari, quicunque sit debitor, qui hanc offerat, sive is qui totum, sive is, qui hanc solum partem se debere fatebitur.

Ad L. Vinum. 22.

Idem Lib. 4. ex Minicio.

Vinum, quod mutuum datum erat, per judicem petitum est. Quæsitum est, cujus temporis æstimatio fieret: utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res judicaretur? Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: si non, quanti tunc (fuisset,) cum petitum esset. Interrogatus cujus loci pretium sequi oporteat? Respondi, si convenisset, ut certo loco redderetur: quanti eo loco esset: si dictum non esset: quanti ubi esset petitum.

SUMMARIA.

1. *Loci hujus difficultas, et difficultatis caussæ.*
2. *Vinum peti quod mutuo datum est, quam recte dicatur.*
3. *Per judicem petere, id est, judicio cur dicatur.*
4. *Re aliqua in judicium deducta interdum in æstimationem condemnationem fieri, et quibus casibus.*
5. 19. *Petitum ad litis contestationem hic referri, et num.* 19.
6. *Æstimatio vini petiti ad unum tantum ex duobus temporibus revocanda, vel quo ex conventione dari debuit, vel quo lis contestata est; et cur.*
7. *Sententia communis de hoc loco, quam sit ipsi loco contraria, et quam rejicienda.*
8. *Æstimationem vini non spectandam, quæ fuit tempore contractus.*

Explicantur hæ ll.:
9. L. fundum, D. de novat.
10. L. hominem, D. mandati.
11. L. cum quis, D. de ob. et act.
12. L. 3. §. ult. D. de ac. em. et n. 28.
13. L. quoties in diem, D. de ver. ob.

14. *Æstimationem vini non spectandam ex tempore moræ.*
15. *Æquitas hujus sententiæ.*
16. *Moram suam cuique nocere, quomodo accipiendum sit.*
17. *Certæ rei debitæ æstimatio post moram tanta debetur, quanti unquam plurimi fuit post moram: aliter in vino et aliis rebus generaliter debitis: et cur.*
18. L. *si sterilis*, §. *cum per venditorem*, D. de act. empt. *explicatur.*
20. *Dies adjectus spectandus in re æstimanda non propter moram, sed propter conventionem idem in tempore litis contestatæ.*
21. *Æstimationem vini non spectandam, quæ fuit post litem contestatam.*
22. *Æstimationem vini non spectandam ex tempore rei judicandæ.*
23. *In contractibus bonæ fidei eadem tempora spectanda ad rem æstimandam, quæ in strictis judiciis.*
24. 26. L. 3. §. ult. D. de act. empt. *illa verba explicantur*, vel quo lis in condemnationem deducitur. *et n.* 26.
25. L. 3. §. in hac, commod. *attingitur.*
27. *Mora creditoris ei nocet, ne vini æstimatio alia spectetur, quam quæ fuit, cum vinum oblatum est ante diem, aut litem contestatam, si ea tum fuit minima.*
28. *Si duobus temporibus vinum sit oblatum a debitore, spectabitur: utro tempore minoris fuerit.*
29. *Constituto die si mora facta est a debitore, puta vinum ab eo non oblatum, condemnandus est, utro tempore pluris fuerit, vel quo dari debuit, vel quo lis contestata est; non autem præcise spectandus dies constitutus.*
30. *Mora a creditore facta, quominus vinum acciperet ante litem contestatam, spectabitur utro tempore minoris vinum fuerit vel quo dari debuit, vel litis contestatæ.*
31. *Summa utilis totius disputationis præcedentis, quam de jure quæstionis propositæ tenere oporteat.*
32. *Loci æstimatio cujus spectanda sit.*

1 HAbet hic locus, † si quis alius: responsum de vino ex certis temporibus æstimando explicatu difficile, minimeque expeditum: de quo omnibus ætatibus magnæ fuerunt etiam inter eruditos dissensiones: non tam adeo propter verborum sententiam, quæ per se plana est, si quis ea ex usu juris auctorum æstimet: quam propter æquitatis quæ in ipsa sententia requiritur, obscuritatem; sed maxime propter veritatem locorum de eadem re in speciem ita dissidentium, ut quodcunque tempus spectandum esse dixeris, hic statim multi loci contra occurrant, qui de eo aliud statuere videantur. Accessit ad difficultatem præjudicium Bartoli, et cæterorum interpretum maxima ex parte, qui eam sententiam hujus loci esse perpetuo quodam consen-

sensu tradiderunt: quæ si vera est, næ id scripsit Julianus, quod nulla ratione expediri potest: ut cum ea sententia vulgo tot ante seculis recepta sit, non mirer hoc responsum in numero eorum habitum fuisse, quæ in jure percipi non posse vulgo existimantur. Quo diligentius sententia hujus loci nobis animadvertenda et excutienda est, et vera, si fieri potest, ab errore vulgari et inveterato vindicanda. Ac prius ipsa propositio et quæstio paucis attingenda est: habent enim hæc etiam, illa quidem in verbis, hæc in re; quod lectores etiam non
2 incallidos possit remorari. † Proponitur vinum petitum esse, quod mutuo datum erat. Hoc non sic accipi debet, quasi id ipsum corpus quod datum erat, petitum sit: alioqui nihil actum esset. Ex mutuo eadem species non debetur, quæ data est, sed alia ejusdem generis. *Inst. quib. mo. re contrah. oblig. in pr. L. 2. supr. eod.* utque est id quod debetur: ita est actio, quæ nihil aliud est, quam jus persequendi judicio, quod nobis debetur. *L. nihil infr. de obl. et act.* Siquidem ergo recte actum est, petitum est vinum corpore et numero non id quod datum est, sed aliud; sed nihilominus et in hac petitione recte dicitur *id petitum, quod datum est*: quia quodcunque ex eo genere petitur, si est ejusdem qualitatis, corpore aliud; vi et potestate idem est. Quibus enim in rebus mutuum consistit, hæ in suo genere mutuo idem præstant: qua ratione et in suo genere functionem recipere dicuntur, et quidem magis in suo genere, quam specie: de quo dictum est in *L. 2. §. 1. sup. eod.* Ut autem illud, *quod*, interpretemur *quale*, ratio sermonis non patitur: est enim, *quod*, relativum substantiæ, non qualitatis, ut
3 Grammatici docent. † Adjicitur *vinum id petitum per judicem*: quo omnes hoc dici intelligunt, et recte: *vinum petitum esse judicio.* Sed quam recte per judicem peti dicatur, quod judicio petitur, videamus: neque enim per aliquem dicimur quid petere, nisi per eum cujus opera in eo petendo utimur, atque adeo per eum, quem adhibemus, ut petat nostro nomine: uti et per aliquem gerere quid dicimur, cum is nostro nomine et mandatu gerit. *L. 5. §. si gessisse, infr. de admin. tut.* Quid ergo, cum judicio quid petitur, an videtur judex petere actoris nomine, ac non actor ipse aut per se aut per procuratorem, et similes alienarum rerum administratores? non enim qui alieno nomine agant, alii nominantur. *Inst. de iis per quos ag. poss.* Et omnino ita res habet, ut quod judicio petitur, etiam interposita judicis opera ac veluti petitione intelligatur peti, eoque et ex superiore ratione recte per judicem peti dicatur. Judicem hic magistratum intelligimus, aut eum qui aliam jurisdictionem habet, ut judicis verbum usurpatur in *L. 1. supr. de jud.* Et quidem de eo tempore, quo petitio vini est instituta, hic agitur. Hæc apud magistratum, aut eum cui jurisdictio mandata est, instituitur. Per hunc, inquam, dicitur recte peti, quidquid judicio petitur. Jam primum instituendæ actionis initium inde proficiscitur, ut vocetur in jus adversarius. *§. ult. Inst. de pæ. tem. litig.* Ut vocetur, consequitur actor per magistratum. Sic enim jus fuit temporibus Jurisconsultorum, ut unumquemque in jus vocari oporteret jussu et auctoritate magistratus, ut colligitur ex *L. si quis ex aliena, supr. de jud. et L. cum proponas, C. de bon. auc. jud. poss.* ubi et magistratus judex appellatur. Cum inde ad magistratum ventum est, ubi primum actio intenditur, cogiturque reus aut confiteri aut contestari litem et judicium suscipere, ibi etiam magistratus petitio quædam intervenire intelligitur. Cum enim is actorem admittit ad agendum, vi ipsa videtur denunciare reo, ut solvat: alioqui fore, ut is condemnetur: quæ denunciatio instar petitionis cujusdam obtinet. Denique quod judicio recipitur id instantia competentis judicis recipi dicitur in *L. 3. C. de cond. ob tur. cau.* Vinum ergo, quod mutuo datum erat recte dicitur per judicem petitum, quod judicio petitum est. *Quæsitum* est, inquit Julianus, *cujus temporis æstimatio fieret.* Nempe hoc ita quærit, quia vult intelligi æstimationem alicujus temporis in condemnationem venire, ut deinceps quærendum sit, *cujus temporis.* Hic vero statim occurritur, male hoc supponi et contra jus: quapropter et ineptam esse quæstionem. Vinum petitum esse proponit, quod mutuum datum erat: et de vino condemnatio esse debuit, non de vini æstimatione: cum certi juris sit, ut ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest: *L. ut fundus, supr. com. divi.* sic cum res aliqua petita est, in eam ipsam rem condemnationem judicis esse debere, non in rei æstimationem: quod diserte cautum est in *L. ult. ver. talem, C. de fid. lib.* Et prius certum est ultra id quod in judicium deductum est, excedere non posse potestatem judicis: cum non sit alia potestas judicis, quam ut sententia sua finem imponat rei controversæ. *L. 1. infr. de re jud.* non sit autem res controversa, nisi ea

quæ

4 quæ in judicium deducta est. † Posterius de condemnatione in rei petitæ æstimationem non facienda ita verum est: nisi quid necesse sit propter rem petitam quæri, pronunciarique de ejus æstimatione: quod ita fit, si aliter creditori satis fieri non potest. Nec cum id fit, videri debet judex excedere id quod in judicium deductum est. Omne enim judicium eo spectat, ut actori de eo quod petit, satisfiat. Quare si ei aliter de re satisfieri non potest, quam si æstimationem consequatur, hoc ipsum etiam ut de ea statuatur, in judicium deduci intelligendum est. Quod dico, ex his, quæ sunt notissima, potest intelligi. Quid enim, si res petita post moram perierit, veluti res furtiva? Hic constat reum in æstimationem condemnari: quia scilicet ita est necesse, si eum damnari, et actorem quod petit, consequi volumus: frustra enim damnetur reus in rem ipsam, quæ præstari posse desiit. *L. in re furtiva*, *infr. de cond. fur.* Quid, si res exstet, quæ petitur, sed non sit in ejus cum quo agitur, potestate: sit aliena puta, et dominus eam non vendat, aut nimio vendat? Recte visum est iniquum esse, condemnari reum in eam rem, quam præstare non possit. Ex quo hoc relinquitur, ut in æstimationem rei damnari debeat: quod et placuit. *L. si domus §. qui confitetur, infr. de legat.* 1. Quæ si in his caussis condemnatio recte recepta est: ne dubitemus et tunc eam probandam esse, cum res petita exstabit, et a debitore præstari poterit, si præcedentibus temporibus aut major æstimatio rei fuit, aut minor, quam nunc est: et nisi aliqua præstita ei satisfieri, aut reo consuli non licet. Jam vero cum singulorum temporum variæ sint æstimationes, nec omnes omnium temporum præstari possint, et tamen unam unius alicujus oporteat præstari: omnino necesse est quæri, vino petito, cujus temporis æstimatio facienda sit: utrum ne præsentis quo res judicatur, an præcedentium, et ex his cujus potissimum. In summa, cum res aliqua judicio petita est, in eam ipsam rem condemnationem fieri convenit, si et res exstat, et præstari potest, et ita præstari potest, ut nihil amittat creditor de præcedentium temporum æstimatione, quam quidem æquum sit ei præstari. Quod si aut non exstabit res, aut non poterit præstari a debitore, aut etiam commutata ejus æstimatio est: hic necesse est condemnationem fieri in æstimationem, ut creditor suum consequatur. Ex quibus postremum cum in vino et similibus mercibus, ut oleo, frumento fere contingat, quarum æstimationem singulis pene temporibus, et locis varie commutari solere constat: *L.* 3. *infr. de eo quod cer. loc.* merito in his quæritur, cujus temporis æstimatio sequenda sit. De eo ita respondet Julianus ex Sabini sententia: *si dictum esset, quo tempore vinum redderetur*: tanti æstimandum *quanti tunc fuisset*; *si non esset dictum*: † *quanti tunc cum petitum esset.* Quod sic interpretandum 5 est: quanti fuisset tunc, cum lis contestata esset: his enim verbis eadem Sententia Sabini et Cassii refertur in *L. ult. infr.* de cond. trit. *tanti litem æstimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die quo dari deberet*; *si de die nihil convenit, quanti tunc, cum judicium acciperetur.* Petendi quidem verbum etiam ad ea refertur, quæ petuntur extra judicium. *L. si decem*, *infr. de verb. obl. L. item veniunt*, *§. petitam*, *supr. de her. pet.* Sed proprie id significat, quod judicio petitur. *L. amplius*, *infr. rem rat. hab.* Unde petitio pro actione in *L. exstat*, *supr. quod met. cau.* Hoc quidem loco aliter accipi non potest. Quæsierat enim de tribus temporibus, quodnam ex his spectandum esset: idne cum mutuum datum esset, an cum lis contestata fuisset, an cum res judicaretur. Ineptus sit plane, si de his silens, de aliis de quibus nihil quæsitum est, respondeat. Postremo in *L.* 3. *§. in hac*, *infr. commod.* hæc sententia generalis traditur: in strictis judiciis cum quæritur quanti res sit, litis contestatæ tempus spectari. Habes responsum, ut quidem verba sunt, scriptum non obscure: verumtamen ejusmodi, ut initio dixi, quod præcipue revocetur in dubium, et ita revocetur, ut non de alia sententia inter interpretes minus conveniat. Nunc igitur si placet, illam accuratius expendamus. † Et quisquis superiora illa tempora duo spectanda 6 esse dicit, quo vinum ex conventione reddi debet, et quo agitur, seu lis contestatur: eadem opera cætera omnia removet: negatque spectandam esse æstimationem, quæ fuerit aut cum res contracta est, aut cum mora facta est, aut cum res judicatur, aut ullo intermedio tempore. Nam si quod ex his spectamus, non spectamus diem constitutum, aut tempus litis contestatæ. Hæc autem spectanda esse volumus, hoc loco, et *L.* 3. *supr. de cond. trit.* Cætera igitur spectare non possumus. Hæc sententia cum verbis veterum juris auctorum dilucide expressa est: tum vero per se, ne quis ut iniquam repudiet, æquissima est. Meminisse enim oportet, cum vinum ex mutui caussa debetur, nullius certi temporis vinum deberi, proinde nec ullius certi temporis æsti-

ma-

mationem: præterquam si aut dies solutioni dictus sit, aut lis sit contestata. In die constituto aperta conventio facit, ut ejus temporis vinum præstari debeat, quæ conventio ex edicto servanda est. *L. 7. §. ait, supr. de pact.* In lite contestanda intelligitur id vinum peti, quod fuit eo tempore: in quam petitionem et reus consentit, judicium accipiendo: in quo inest tacita conventio: ex quo et tale quidque dari debere placet, quale est, cum petitur. *L. 2. infr. de usur.* Ut igitur ex incertitudine illo temporum, quibus vinum simpliciter mutuo datum reddi potest, rei præstatio ad certa tempora revocatur conventione, et litis contestatione: sic iisdem de caussis et propter rem ejus rei æstimatio ad eadem tempora revocari intelligenda est. Si quis igitur de singulis temporibus separatim roget, commode ita respondebimus. Cur non specatur æstimatio, quæ fuit, cum res contrahebatur? quia ejus temporis vinum non debebatur magis, quam cæterorum. Cur non spectatur tempus moræ? eadem ratione, quia nec ejus temporis vinum debebatur. Cur igitur spectamus æstimationem diei constituti potius? quia ita convenit: præstatio enim in id tempus nominatim collata est, ut sciretur utilitatis ejus temporis habitam esse a contrahentibus rationem. arg. *L. 4. in pr. supr. de eo quod cer. loc.* Cur ergo nullo die nominatim adjecto spectamus tempus litis contestatæ, de quo aperte nihil convenit? Jam dixi, tale quidque judicio præstari debere, quale est, cum petitur tacita judicii suscepti conventione. *d. L. 2. infr. de usur.* Quo efficitur, qualis æstimatio eo tempore fuerit, talem quoque esse præstandam. Cur non spectatur tempus rei judicatæ, et quæ præcedunt? Quia non est petitum vinum, quod fuit tempore rei judicatæ, aut præcedentibus, eoque nec æstimandum: nihil enim deducitur in condemnationem, nisi quod in judicium deductum est, aut ejus æstimatio, *d. L. ut fundus, supr. com. divi. d. L. ult. C. de fid. lib.* Quid, si vinum pluris fuerit, quo tempore mora facta est? Quid, si pluris cum res judicatur? Quid, si pluris intermediis temporibus? Nihilominus tempus litis contestatæ spectandum esse dicimus: quia semper verum erit, superiorum temporum vinum uti non debebatur, sic nec in judicium deductum esse, proinde nec eorum temporum æstimationem in judicium venire: ut efficiatur hæc sententia, si non convenit, quo die vinum redderetur, spectandum esse omni modo tempus litis contestatæ, sive vinum eo tempore plurimi fuerit, sive minimi. Quod ita esse non dubitabimus, si statuerimus verum esse quod multis locis confirmatur, et verissimum est: quoties æstimatio rei alicujus lege ad certum tempus refertur, ut dicatur æstimandum, quanti res sit eo tempore: toties id observari, ut sive postea interesse creditoris desinat, sive incipiat pluris minorisve interesse, nunquam actio locum habeat vel ad augendam æstimationem, vel ad minuendam. Definitio prope expressa in *L. ubi in fin. supr. de edend. L. quia autem, in fin. supr. si quis caut.* Sed ad totius superioris distinctionis et sententiæ confirmationem præcipue valet Celsi ratio tradita in *L. si Calendis, infr. de re jud.* Ibi cum respondisset Celsus: *si Calendis fieri aliquid stipulatus sim, tanti litem æstimandam, quanti interfuit mea Calendis id fieri*: hanc rationem reddit: *ex eo enim*, inquit, *tempore quidque æstimatur, quo solvi potuit.* Non dicit, videtur æstimandum; sed sine hæsitatione et generaliter, *æstimatur*: in quo eum sententiam juris explorati usurpasse apparet: habetque ea sententia hanc rationem. Nam quæ tempora novissimum solvendi tempus antecedunt, debitori libera sunt ad solvendum; alioqui ipsa essent ad solvendum novissima: ideo nec ullius eorum æstimatio a debitore exigenda, qui nullo eorum solvere cogebatur. Quæ autem tempora consequuntur, omnia sunt ejusmodi, quibus jam debitor solvere non possit, quo liberetur: non enim alia de caussa dicitur novissimum seu ultimum solvendi tempus, quam quod alia ad solvendum non sequuntur. Porro novissima solvendi tempora duo sunt: dies constitutus, et tempus litis contestatæ. Diem constitutum in eo numero a Celso haberi, ex ejus responso constat: de eo enim ex facto quærebatur. Et est hujusmodi ex proposito et cogitatione contrahentium: ejus enim diei utilitas conventione quærebatur. Tempus autem litis contestatæ ideo novissimum est solvendi tempus, quia usque ad id tempus moram purgare licet offerendo: postea non licet. *L. si Insulam infr. de verb. obl.* quorum de utroque plura ad *d. L. si Calendis*, scripsimus. Superiori igitur definitioni consequens est, ut hæc ipsa duo tempora in re æstimanda spectanda esse dicamus, et sola spectanda, quod fit
hoc loco. † Ex his apparet, quid judican- 7
dum sit de interpretatione Accursii et Bartoli ad hunc locum et similes: qui eorum hanc sententiam esse dixerunt, vini æstimationem crescere post moram: seu vinum tanti æstimandum esse, quanti plurimi fuit

a tem-

a tempore moræ usque ad rem judicatam ut tempus etiam rei judicandæ includatur. Quæ sententia usque adeo est huic responso contraria, ut non tam ad interpretationem eorum, quæ hic scripta sunt, quam ad certam reprehensionem et irrisionem juris auctorem, qui illa scripserunt, excogitata videatur. Julianus ait, sine conventione unum tempus esse, ex quo vinum æstimetur; illi infinita, prout quoque tempore res erit plurimi. Julianus certum tempus dicit, quod spectetur, nimirum litis contestatæ; illi negant hoc tempus esse spectandum, si alio tempore pluris res fuit. Julianus simpliciter ait tempus litis contestatæ spectandum; illi addunt conditionem, si modo eo tempore vinum plurimi fuerit: neque vident, si hæc conditio intelligenda est, eodem modo dici potuisse, tempus rei judicatæ spectandum esse, aut tempus moræ, aut quodvis aliud: quia quovis posito, statim intelligeremus eandem conditionem, si modo eo tempore vinum plurimi fuisset. Julianus duo tempora hic enumerat, quorum æstimatio spectetur; illi dicunt stultum esse Julianum, qui uno verbo rem explicare potuerit, ut diceret, rem æstimandam esse ex eo tempore, quo vinum plurimi fuit post moram. In qua interpretatione cum tam multa peccata sint, tamque animadvertenda: omnia concurrunt, cur eam magnopere rejicere debeamus. Sed verba veterum retinentibus nobis, incurrit definitio hujus loci in varias reprehensiones. In quibus amoliendis magnam difficultatem esse scio. Ita et alii loci, iique varii, et rei æquitas stare adversus eam sententiam videntur. Et fateor, qui ea quæ contra dicuntur, recte expedire posset, lectum a me esse neminem. Nec dubium est, quin ea difficultate impediti tam multi in contrariam sententiam transierint. Non enim erant tam supini, ut quid hic scriptum esset, non attenderent; aut tam imperiti, ut significationem verborum alioqui usitatorum, et respondentium morem, de quæstione respondere solent, non intelligerent. Sed cum, ut dixi, contrariorum locorum et contrariæ æquitatis specie tenerentur, qua se expedire non poterant: maluerunt contemptis verbis hujus loci et similium, eam sententiam affingere Juliano, quam esse aliorum locorum putabant; quam verbis inhærentes sententiam et æquitatem opinione sua certam amittere. Ego autem spero me planum facturum nihil esse in ratione æquitatis, aut aliorum locorum juris, quod adversus distinctionem hujus loci et eam sententiam, quam supra posuimus, sit nobis metuendum: totam denique et juris et æquitatis rationibus quam maxime convenire. Quoniam autem iis locis quibus oppugnatur hæc distinctio, non unum statuitur tempus diversum ab his, quæ hic definiuntur: sed in locis illis hæc varietas occurrit, ut aliis videatur statui tempus contractus, cujus æstimatio sumatur; aliis tempus moræ; aliis id omne quo res plurimi fuit post litem contestatam; aliis tempus rei judicatæ seu condemnationis (qua in varietate et repugnantia non magis illi cum hoc loco, quam ipsi inter se dissidere et sese mutuo confodere videntur). Sic, puto, commode res tota explicabitur, si in his diluendis sequamur ordinem eorum temporum quæ proposui, et quid pro singulis contra afferatur, consideremus: quod jam faciam, ac de singulis ordine respondebo. † Primum igitur negamus, 8
cum vinum petitum est, et æstimatio jure præstanda est, æstimationem faciendam esse ejus temporis, quo res contracta est: seu quo vinum datum est. Ac de eo etiam fere inter omnes convenit.

Sed tamen hic quidam loci nos morantur, qui ad ejus temporis æstimationem revocare rem videntur. Hi sunt numero sex: quorum de tribus prioribus facilior responsio est; de tribus reliquis non ita expedita. Primus locus est in *L.* 3. *supr. eod.* quod enim illic traditur vinum mutuo datum reddendum esse eadem bonitate, qua datum est; hoc efficere videtur, ut reddi etiam debeat eadem æstimatione. Sed nihil minus, quam hoc ex illo efficitur: continenturque ista rationibus non tantum dissimilibus inter se, sed etiam contrariis. Quod quia expedivi pluribus, et ut mihi videtur, dilucide ad *L.* 3. *supr.* ideo hic summam tantum perstringam, quæ ad veram responsionem sit satis. Vinum reddendum est eadem bonitate, qua datum est: quia una cum vino etiam bonitas data est. Inest enim hæc in re natura, nec potest ab ea separari. Ex mutuo autem id reddi debet, quod datum est. Contraria de caussa vinum eadem æstimatione reddi non debet: quia vinum datum est, non æstimatio: quippe æstimatio rei extra rem est, tantumque abest, ut bonitatis rei pars sit, ut ne ex bonitate quidem rei nascatur. Augentur enim minuunturque istius generis rerum pretia non tam ex bonitate, quam ex earum rerum copia aut inopia. Porro ut ex mutuo reddi debet, quod datum est: ita non debet, quod datum non fuit, etiam si videatur id fieri cum aliquo incommodo creditoris: id enim actum est, ut ad *d. L.* 3. exposuimus.

Secundus in eandem sententiam † locus 9
est

est *L. fundum*, *infr. de nov.* ubi si quis stipulatus sit, quanti est fundus Tusculanus, placet non solum æstimationem fundi deberi, de quo constabat; sed etiam si fundo meliore aut deteriore postea facto agatur, et quæratur cujus temporis æstimatio sequenda sit, eam sequendam, quæ hujus stipulationis tempore fuit. Nec quisquam dicat illic æstimationem ipsam deberi, ut quæ sola in obligationem deducta sit; nos de ea obligatione agere, in qua vinum debeatur, non vini æstimatio. Nam etsi cum vinum mutuo datum est, aperta conventione nihil aliud debetur, quam vinum; tamen id agitur, ut vini etiam æstimatio debeatur, si id quandoque suo tempore non præstetur. Alioqui nec ea æstimatio unquam in condemnationem deduceretur: quod contra fieri hic responsum est. Quid autem refert, quomodo debeatur æstimatio rei mutuo datæ, si modo ex mutui caussa debetur? Fatendum est nihil referre, ut debeatur. Sed ut alia atque alia debeatur, inter apertam obscuramque voluntatem contrahentium multum interest. In aperta voluntate ubique id sequimur, quod verbis expressum est, nec adversus rem manifestam conjecturas quærimus. *L. eum qui Calendis*, *infr. de ver obl. L. semper in stipulationibus*, *infr. de reg. jur.* Itaque etsi in mutuo ita convenisset, ut si sua die vinum non redderetur, præstaretur ea æstimatio, quæ fuisset tunc, cum vinum mutuo dabatur, hanc conventionem sequeremur. Non mirum igitur, si ex hac regula placet in supra scripta stipulatione æstimationem deberi, quæ fuit tempore stipulationis. Hæc enim sola in stipulationem nominatim deducta erat: quoniam hæc verba, *quanti fundus est*, non solum æstimationem significant, sed etiam ad ejus temporis, quo stipulatio fit, æstimationem referuntur. At cum vinum datum est, etsi de ejus æstimatione aliquando præstanda actum est; tamen tacite id fit, cum verbis nihil amplius contineatur, quam ut vinum reddatur. In obscura voluntate id sequimur, quod credibile est actum esse, idest, sensisse contrahentes. *d. L. eum qui Calendis*, *de ver. obl. L. cum in testamento*, *infr. de reb. dub.* Creditum est autem id agi, ut si dies adjectus sit, quo die vinum redderetur, ejus temporis vinum redderetur, aut eo non reddito, ejus temporis æstimatio: nullo autem die adjecto, ut redderetur vinum quo tempore id judicio petitur: si minus, ut ejus temporis æstimatio præstaretur.

Tertius locus † affinis superiori est *L. ho-*
minem, *infr. mand.* ubi si fidejussor ho- 10
minis certi eum hominem solverit pro debitore: placet Africano, cum mandati agetur, æstimationem ejus ad id potius tempus, quo solutus sit, non quo agatur, referri debere: proinde ad tempus contractus, non litis contestatæ. Nam *cum agitur*, valet, cum lis contestatur, seu judicium accipitur, ut hic. Quo autem tempore homo promissus solutus est a fidejussore, id tempus est, quo obligatio mandati contraria inter fidejussorem et debitorem contracta est. Tunc enim incipit debitor fidejussori teneri, cum fidejussor pro eo solvit: sine magna caussa non ante. *L. si pro ea*, *C. man.* Sed et hic locus ut superiori similis, ita plane eandem rationem habet. In istam enim obligationem mandati venit non homo solutus, sed jam ab initio ejus æstimatio, quam propterea perpetuo deberi et peti possse ibidem scriptum est, quamvis homo solutus mortuus fuerit. Quod fieri non posset, si homo in obligatione esset, ac propter hominem debitum peteretur æstimatio. *L. quod te*, *supr. hic.* Ideo autem reus principalis hominem a fidejussore solutum fidejussori non debet, quia fidejussor creditori eum solvendo aperte id egit: ut apud eum maneret. *L. qui sic solvit*, *infr. de solut.* ergo non ut ab eo repeteret, multoque minus a debitore, cui ipse nihil dedit, et quem eo facto præcipue liberatum voluit. Ita si quid debetur fidejussori ejus solutionis nomine, necesse est rei solutæ æstimationem deberi, quod et actum est. Sed ut dixi, in his tribus locis minus laboratur, qui, ut apparet, in dissimili re versantur. Qui sequuntur plus difficultatis habent omnino. Sunt enim et de re ipsa in obligationem deducta scripti, non de rei æstimatione, et verbis præterea de æstimatione facienda ita concepti, ut videantur aperte æstimationem ad id tempus revocare, quo res contracta est.

Quartus ergo † locus vicinus superiori-
bus est *L. cum quis*, infr. de obl. et act. 11
Cum quis, inquit Africanus, *in diem mercem stipulatus*, *fidejussorem accepit*, *ejus temporis æstimatio præstanda est*, *quo satis acceperit.* Atqui id tempus quo creditor satis accepit, est id tempus quo fidejussor se ei stipulatione pro reo obligavit, idest, quo cum creditore contraxit. Ita vult Africanus adversus fidejussorem æstimationem ejus temporis spectandam esse, quo res cum illo contracta est, quod negamus. Nec dubium est, quin cum mercem nomi-

minat, vinum, oleum, frumentum, et res similes intelligat. Hoc enim verbo hæ res appellantur in *L. ult. infr. de cond. trit.* de vino autem debito æstimando nunc agimus. Et negandum non est hæc verba, *quo satis acceperit*, ex significatione verborum et usu loquendi recte referri posse ad id tempus, quo fidejussor fidem suam interposuit stipulanti promittendo: tunc enim vere creditor satis accepit. Sed possunt sic quoque accipi, ut exaudiatur id tempus, quo se soluturum fidejussor promisit. Ambigua enim hæc oratio est, eoque sermone utrumque tempus significatur, et maxime posterius: similiter ut cum dicimus eum locum spectari, quo contractum est, eum locum intelligimus, non quo negotium gestum est, sed quo pecunia ex conventione solvi debuit. *L. 3. infr. de reb. auct. jud. poss. L. contraxisse, infr. de obl. et act.* In ambiguo sermone non utrumque dicit, qui scribit, sed id solum quod voluit. *L. 3. infr. de reb. dub.* Utrum igitur sensisse Africanum intelligimus? nempe quod prudentiæ ejus convenit, et quod in ambigua oratione legis accipere jubemur: idest, quod vitio caret. *L. in ambigua, supr. de legib.* Atqui si ea verba, *quo satis acceperit*, sic interpretamur, quo fidejussio interposita est, vitiosissima sententia efficitur: non quia huic loco repugnans, sed quia notissimis regulis fidejussoriæ obligationis, et certæ naturæ accessionis adversatur. Quid enim, si quo die fidejussor ante diem principalis obligationis acceptus est, merx pluris fuit, quam cum principalis obligationis dies venit? consequens erit Africani sententiæ fidejussorem in majorem summam teneri, quam rerum principalem: quod aperte falsum est, et natura accessionis non recipit. *L. Græce, §. illud, infr. de fid. §. fidejussores, Inst. eod.* Idemque eveniet, si postquam dies principalis obligationis venit, fidejussor ita intervenit, ut quo tempore is dies venit, minor fuerit æstimatio mercis, quam cum fidejussor se obligavit, atque hujus temporis æstimatio a fidejussore præstanda est. Quod si contra hæc verba, *quo satis acceperit*, sic accipimus, ut significetur id tempus, quo ut merx solveretur; fidejussor se obligavit: ut velit Africanus ejus temporis æstimationem esse præstandam: omnia sunt in ea sententia et distinctioni hujs loci, et naturæ obligationis fidejussoriæ consentanea, idest, rectæ rationi et prudentiæ Africani convenientia. Sic enim de fidejussore respondendo, vi ipsa hæc dicere intelligitur: Primum fidejussorem simpliciter acceptum, in eam diem, in quam reus promisit, in eandemque caussam acceptum videri: deinde merce ad diem non soluta, condemnari reum in æstimationem ejus temporis: quæ sententia est veterum hic tradita. Hinc fieri quod illic responsum est, et fidejussor qui ejus obligationis accessio est, et eodem jure utitur, in hujus ipsius temporis æstimationem condemnari debeat: quæ omnia sunt ex certo jure civili. Quare isto modo responsum Africani accipiendum est, ut recte Azo et hunc secutus Accursius acceperunt: quo sensu non offenditur quod hic traditur, sed maxime confirmatur.

Quintus † locus ad eandem rationem pertinens est *L. 3. §. ult. infr. de act. empt.* 12 ubi diserte scriptum est; *si per venditorem vini mora facta sit, quominus vinum traderet; condemnari eum oportere, quanti vinum fuit eo tempore, quo venit, si eo tempore pluris fuit, quam quo lis in condemnationem deducitur.* Quo *vinum venit*, inquit Pomponius: id est, quo vinum venditum est. Id autem sic interpretandum omnino videtur, quo venditio contracta est: vendere enim vinum, et venditionem vini contrahere idem valent. Sed ne hoc modo accipiamus, quod tamen vulgo fecerunt, diligenter cavendum est. Si enim illic in vino vendito æstimando tempus contractus spectari volumus, alterutrum dici necesse est, aut ideo id fieri, quia in bonæ fidei judiciis hoc ita observatur, qualis est venditio; diversum autem in strictis judiciis, quale est mutuum: aut quia in specie illic proposita mora a venditore facta erat jam a principio, cum vinum vendebat. In bonæ fidei judiciis cur spectetur potius tempus contractus, quam id quo res vendita ex conventione tradi debuit, aut tempus litis contestatæ, neque ratio reddi potest, et quominus etiam id fiat, ipsa judiciorum natura refragatur. Nam si quo in genere contractus dies constitutus observandus est ex conventione, id præcipue in bonæ fidei judiciis faciendum est: quia nihil magis bonæ fidei congruit, quam id præstari, quod inter contrahentes actum est. *L. ex empto, infr. de act. empt.* dies autem solutioni cum dictus est, ad ejus diei utilitatem cogitationem retulisse contrahentes manifestum est. Arg. in *L. 4. in pr. infr. de eo quod cer. loc.* Et quid si pluris vinum fuit eo tempore, quo tradi debuit, aut pluris tempopore litis contestatæ, quam cum venditum est: nonne erit contra bonam fidem, et eorum judiciorum æquitatem spectari potius æsti-

æstimationem ejus temporis, quo res contracta est cum injuria emptoris? Tum autem in *L. ult. infr. de cond. trit.* generalis hæc definitio est non ad unam speciem contractus, sed ad omnes pertinens; *si merx aliqua, quæ certo die dari debebat, petita sit: veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem æstimandam, quanti fuisset eo die quo dari debuit: si de die nihil convenit, quanti tunc, cum judicium acciperetur.* Jam vero etsi maxime in aliis contractibus omnibus æstimationem ejus temporis sumere liceret, quo res contracta est; tamen in venditione de qua agitur, id facere non licet. In hac enim proprie hoc servatur, ut simul atque contracta est, uti commodum omne, sic incommodum et periculum rei a venditore in emptorem transeat: ut si res postea aut deterior facta sit, aut minoris esse cœperit sine culpa venditoris, emptoris hoc damnum sit, non venditoris. §. *cum autem, Inst. de empt. et ven. L.* 1. *infr. de per. et com. rei vend.* Quod contra evenire necesse est, si vino deteriore aut viliore postea facto, placet venditorem æstimationem præsentis temporis præstare debere. An ergo potius in suprascripta specie *L.* 3. §. *ult. de act. empt.* ideo dicemus spectari æstimationem ejus temporis, quo res contracta est, quia eodem tempore jam a principio mora facta erat a venditore? Sed primum unde id factum colligitur? Dicitur per venditorem vini mora fuisse, quominus traderet. Ideo ne factam ab eo intelligimus, cum vinum venderet? At potuit postea facere et multo post. Neque vero statim facere potest, aut solet. Non enim statim vinum petitur: et quamvis peteretur, tamen aliquod tempus intervenire oportet, intra quod vinum expediri possit. Quod priusquam præterierit, nec vinum peti, nec venditor moram facere videri potest. §. *ult. Inst. de inut. stip. L. sciendum, infr. de usur. L. nulla, infr. de reg. jur.* Idque ita est, etsi venditor statim pretium accepisset. Quod enim actor id numeravit, non facit, ut ideo citius sibi vinum tradi velit; aut ut venditor possit citius, quam per rerum naturam conceditur. Nec quia vinum statim non traditur, ea res damnosa est emptori, ad quem statim a principio commodum omne rei venditæ pertinet, quandocunque ei res tradatur. Ac demus etiam in ea specie moram jam a principio a venditore factam esse, ut illic idem sit contractus tempus, et moræ; non ideo tamen tempus contractus illic spectandum esse dixeris propter moram. Non enim magis in vino vendito, quod mora facta petitur, æstimatio ad tempus moræ revocanda est, quam in vino mutuo dato, ut in ratione hujus temporis explicanda postea ostendemus. Quid ergo est? Recte Dynus et Petrus, quorum sententiam Bartolus refert, qui hæc verba, *quo vinum venit*, sic acceperunt, ut sit, quo vinum ex venditione tradi debuit. Neque enim concedendum est Bartolo hanc interpretationem repudianti, quod dicit solutionem hanc esse quandam divinationem. Interpretatio non tantum ex usu juris petita est, sed etiam ex eo ipso responso Pomponii non obscure sumitur. Jam supra dixi locum, quo contractum est, etiam cum intelligi solere in usu juris, ubi pecunia solvi debet: *L.* 3. *infr. de reb. auct. jud. pos.* consentaneum igitur et tempus quo contractum est, seu quo res veniit, sic recte accipi, quo res solvi debuit. Sed parum hoc sit, nisi liqueat Pomponium id ipsum sentire: comparat enim tempus quo vinum venit, cum loco quo vinum venit, his verbis: *condemnari venditorem oportet ultro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur: item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agatur.* At locum quo vinum venit, postea interpretatur locum quo vinum tradi debuit: sequitur enim paulo post: *item non oportet* (supple tantum) *ejus loci pretia spectari, in quo agatur, sed ejus ubi vina tradi oportet.* Quare et tempus, quo vinum venit, eodem modo interpretari debemus. Alioqui pessime compararetur locus quo vinum tradi debuit, cum tempore non quo item vinum tradi debuit, sed quo venditio facta est. Nam nec tempus ipsum quo vinum tradi debuit, cum alio tempore, quo venditio facta est, recte comparetur: quanto minus recte conferantur inter se locus et tempus, si præterquam quod re hæc diversa sunt, etiam qualitatis dissimilitudo hæc accedat, ut locus sit is, quo venditio facta est, non quo vinum tradi debuit, tempus autem id, quo vinum tradi debuit, non quo venditio contracta est? Hactenus ergo is locus cum hoc loco congruit.

13 Sextus † locus restat liquido, ut videtur, æstimationem ejus temporis quo res contracta est, statuens, *L. quoties in diem*, 59. *cum L. seq. infr. de ver. ob.* Illic traditur: *Quoties in diem, vel sub conditione, vel certo loco qui tacite diem habet, oleum dari quis stipulatur, ejus æstimationem eo tempore spectari oportere, quo dies obligationis venit: tunc enim ab eo peti posse.* His

His verbis continetur, etsi quis pure oleum sit stipulatus, ejus temporis æstimationem spectari oportere, quo stipulatio contracta est. Nam et tunc, cum dies non adjicitur statim dies obligationis venit, et statim pecunia peti potest. §. *omnis*, *Inst. de ver. ob. L. eum qui Calendis*, §. 1. *infr. eod.* Nec dubito, quin id ipsum colligatur omnino, et eadem ratione, qua prius illud, recte dicatur. Quo posito difficile est statuere, an quidquam videri possit pro æstimatione temporis contractus adversus distinctionem hujus loci apertius. Sed quis esset sensus illius loci, in ejus explicatione pluribus ostendimus. Ex quo etiam poterit intelligi, quam nihil huic distinctioni, quam tractamus, adversetur. Summa autem hæc est: Quod illic dicitur, *æstimationem ejus temporis spectari oportere*, *quo dies obligationis venit seu cum peti potest*, non sic accipiendum esse, quasi æstimatio spectanda sit ejus temporis, quo primum dies obligationis venit, aut cum primum peti potest; sed ut intelligatur indefinite dictum, cum peti potest: ut et verba concepta sunt. Ut sit sensus, cum oleum in diem aut sub conditione promissum est, et dies venit, aut conditio exstitit, si de æstimatione agatur, in quam reum condemnari oporteat, quæraturque in cujus temporis æstimationem: nunquam debere spectari æstimationem præcedentium temporum, quibus nondum dies venerat, et quibus nondum peti poterat, sed solum ejus, quo peti potest: id est, ejus quod diem constitutum, et conditionem impletam secutum est. Num ergo et hujus temporis ita æstimatio spectanda est, ut spectari possit cujuslibet, quo peti potest? Non efficitur hoc superioribus verbis. Satis est enim ex his temporibus, quibus agi potest, alicujus æstimationem fieri, ut dici possit, fieri æstimationem ejus temporis, quo agi potest. Et certe omnium temporum, quibus agi potuit, æstimationem dicere esse spectandam absurdum est, cum natura plus uno sequi non possimus. Unius ergo ex omnibus æstimationem faciendam esse et ejus quod certum sit, intelligere debemus. Restat, ut quæramus, cujus potissimum. Id illic prætermissum definiendum est ex hoc loco. Et certe non aliunde melius aut certius ejus rei explicationem sumere possumus, quam ab eodem auctore. Est autem et illius responsi et hujus quod interpretamur, idem auctor Julianus. Neque vero probari potest optimum auctorem et peritissimum juris ignorasse, quid hic juris esset, et ita ignorasse, ut in eo pugnantia scriberet. Sed omnium minime probandum est id eum fecisse in ea re, de qua exstaret certa Sententia Sabini et Cassii ipsi notissima, cum esset ipse Sabinianus, ut testis est; Pomponius in *L.* 2. *in fin. supr. de orig. jur.* Ac de tempore contractus dictum est; et effectum, in vino debito æstimando quocunque ex genere contractus debeatur, ejus temporis æstimationem faciendam non esse, quo res contracta est.

De tempore † moræ præcipua nobis est 14
cum interpretibus vulgaribus contentio. Hi magno consensu docent ad hoc tempus referri debere cujusque rei debitæ æstimationem, non ut æstimetur res ex eo tempore solum, quo primum mora a debitore facta est, sed ex omni eo, quo debitor moram facere perseverabit, siquidem et eo res sit plurimi, ut id spectari creditori expediat, noceat debitori: et in summa mora facta ita reum condemnari in æstimationem rei petitæ, ut in æstimatione facienda spectetur id tempus, quo res unquam plurimi fuerit, ex quo mora facta est: si modo et eo tempore quod spectari volumus, debitor in mora esse pergat, utpote mora non purgata. Hoc illi si dicerent de re certa, seu de tempore certo et specie promissa, veluti Sticho, recte dicerent. Et ipse concedo in hoc genere ad tempus moræ redigendam esse æstimationem, ut quanti plurimi res fuerit postea, tanti lis æstimetur: quæ sententia expressa est in *L.* 3. *infr. de cond. trit. L. in re* §. 1. *infr. de cond. fur.* Sed quæstio proposita est de vino quod mutuum datum erat, idest, de vino quod in genere, non certa specie debebatur. *L.* 2. *supr. eod.* Ad hoc etiam genus illi definitionem eandem accommodant: quod nunquam fecissent, reclamantibus tam notis et apertis locis, ut hoc loco, et *L. ult. infr. de cond. trit.* si istarum rerum dissimilitudinem satis percepissent, quam illos fugisse certum est. Nos autem ita constituemus: in vino, oleo, frumento, et similibus mercibus, quarum non certa species, sed genus seu quantitas debetur, quocunque ex contractu hæc debeantur, sive is erit bonæ fidei, sive stricti juris: in his, inquam, recipi nec debere nec posse, ut res petita æstimetur, quanti plurimi fuit quovis tempore, quo mora facta est; sed locum esse definitioni hujus loci, ut ad unum ex his duobus temporibus debeat earum rerum æstimatio referri, aut quo res ex lege contractus solvi debuit, aut quo lis contestata est, si de die nihil convenit.

Id

Id videmus, ut expressum sit hoc loco, et *d. L.* 3. *infr. de cond. trit.* quam efficiatur etiam ex aliis sententiis juris certis, quamque non minus constet ratione juris certa, initio ostendimus. Quod quoniam vulgo in his etiam rebus non ancipiti aliqua, sed pene explorata sententia contra probaverunt: restat videamus, quid tantum esse potuerit, quod tam multos jam olim in contrariam istam sententiam traheret. Ac ne eam propter ea quæ diximus, statim contemnamus, aut eos qui sequuntur, statim turpis imperitiæ damnemus: fatendum est proclive admodum fuisse in hac re decipi, nec omnino temere esse, quod de tempore moræ ubique æstimando etiam cum de vino agitur, statuerunt. Quo et illi majore venia digni sunt, et nos diligentius, quid hic cavendum sit, ne similiter labamur, attendere debemus. Defenditur autem ea sententia partim æquitate quæ certis regulis juris de effectu moræ comprehensa est; partim auctoritate certorum locorum, quorum aliis æstimatio rei certæ petitæ ad tempus moræ aperte redigitur, aliis in vino etiam debito redigi videtur. De quibus dicam ordine.

15 De æquitate ergo hujus † juris hæc illorum ratio est. Juris regula de mora, atque æquitas hæc est, unicuique moram suam nocere debere. *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *infr. de reg. jur. L. hominem*, *in fin. infr. mand.* Noceat igitur et hic debitori in vino reddendo moram facienti, ut si ex tempore, quo mora fit, vinum sit plurimi, deinde imminutum sit ejus pretium, id damnum debitor præstet. Atque in eo etiam ita argumentantur: quod vino soluto habere potuisset creditor, hoc ei mora facta præstari æquissimum est. At si vinum solutum esset, cum extra judicium petitum est, vendidisset creditor, et pretium lucratus esset. Ergo si tum solutum non erit, idest, si debitor in mora fuerit, quominus daret: hæc ejus temporis æstimatio creditori præstanda est. Confirmaturque hæc sententia pene diserte his locis. *L. sterilis*, §. *cum per venditorem*, *in fi. infr. de act. em. L. cum res*, §. *ult. infr. de legat.* 1. Nec ad rem pertinet, quod certum non est creditorem, si vinum recepisset, id venditurum fuisse. Satis est quod potuit vendere, ut existimetur id facturus fuisse adversus frustratorem. *d. L. cum res*, *in fin. de legat* 1. juncta *L. item si verberatum*, *in fin. supr. de rei vind.* Quod si postulante creditore præstanda est æstimatio ejus temporis, quo vinum petitum est propter moram: consequens est, si vini æstimatio postea creverit, ejus potissimum temporis quo res plurimi fuit, rationem haberi oportere: quoniam et eo tempore debitor maxime moram facit: hac enim semel facta, quo diutius cessat debitor, eo magis moram auget, non minuit.

Hoc loco de moræ potestate nostra hæc defensio est: non si mora sua unicuique nocere debet, qua sententia nihil potest dici æquius; ideo ejus temporis quo mora per debitorem facta est, æstimationem esse præstandam. † Male enim accipitur re- 16
gula juris, si ita accipitur, quasi mora debitori in omni re nocere debeat; alioqui mora facta debitor quidvis præstare cogatur: puta pœnam ingentem, quam non promisit, aut res alias quaslibet, quas creditori pro eo quod ante debebatur, visum erit petere: quod neque veteres senserunt, neque regula significat, et per se est iniquissimum. Qua in re ergo mora nocet? in re debita nimirum, ut quam rem quisque debuit, cum ab illo petita est, hanc ille mora facta perpetuo ita debeat, ut nullo interitu ejus rei, nullo casu quo res deterior aut vilior facta est, liberetur, quominus qualis res post moram aliquando fuit, talem debeat præstare, aut si rem non potest, debeat ejus æstimationem. Hanc esse sententiam ejus regulæ declaratur illa altera, qua dictum est culpam, cujus species est mora, perpetuare obligationem. *L. si servus*, §. *sequitur*, *infr. de ver. ob.* Id enim significat, mora retineri eam obligationem quæ fuerat, non induci novam. *L. si libertus moram*, *infr. de oper. lib.* Et sane certis modis nascitur quæque obligatio: proinde et certis deberi quidque incipit. In quibus cum constet non esse moram debitoris, ineptum sit putare quidquam propter moram a debitore præstandum esse, quod prius debitum non fuerit. Quo intellecto ipsa jam regula adversus illos pro nobis facere reperietur. Dicemus enim hoc modo: in re debita debitori sua mora nocet, non etiam in ea quæ debita non fuit. Ergo in æstimatione vini, quæ fuit tempore moræ, si nihil amplius interveniat quam mora: non nocebit: quoniam nec vinum ejus temporis debebatur magis, quam alterius temporis: multo vero minus propter vinum æstimatio. At enim æquum est, quod creditor re accepta habere potuisset, id ei mora facta præstari. Hoc ita esse, ex his quæ modo diximus, intelligendum est, si etiam debitum fuerit, aut rei debitæ æstimatio.

Quod

Quod si horum alterutrum non erit, non ideo mora facta debebitur. Argumento sunt certissimo fructus rei debitæ. Si quam enim accessionem rei petitæ præstari æquum est, illam æquum est, quæ ex re ipsa nascitur: in quo genere sunt fructus. Unde et cum accessiones præstari placet, fuctus rei in hoc numero præcipuum locum obtinent.
17 *L.* 1. §. *ex die*, *infr. unde vi.* † Constat tamen si quid debeatur ex stipulatione, et generaliter id, quod creditoris non fuit, quamvis mora a debitore facta sit, tamen fructus non esse præstandos: *L. videamus*, §. *si actionem*, *infr. de usur.* non alia id quidem de caussa, quam quòd re aliqua in obligationem deducta ipsa res debetur, non fructus. Cujus rei rationem exposui ad *L. si filiusfamilias*, §. *ult. infr. de ver. ob.* Si post moram non præstantur: quanto minus vini æstimatio præstanda est, si erit ejus vini, quod non debebatur? Nam ut maxime non debeantur fructus, rei tamen debitæ fructus sunt, et inde, ut dixi, percipiuntur: pretium rei ex re non percipitur, sed creditoris negotiatione. *L. venditor hominis*, illic, *pretium enim hominis*, *infr. de her. vel act. ven.* Quid ergo fiet, si æstimatio petetur ea, quæ rei debitæ non fuit? Atqui jam docui vino mutuo dato aut promisso non deberi id vinum, quod fuit, cum extra judicium petitur. Quo fit, ut nec ejus temporis æstimatio propter vinum possit deberi, eoque nec in condemnationem venire. Non est his contrarium, quod scriptum est in *d. L. cum res*, §. *ult. infr. de legat.* 1. re legata post moram perempta pretium saltem deberi. Hoc enim de pretio rei debitæ dictum est: quam rem post moram semper præstari debere non negamus, et quia præstari non potest, deberi æstimationem. *L. in re furtiva*, *infr. de cond. fur.* Sed et quod dicitur in *d. L. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, *infr. de act. em.* etiam in vino vendito si mora per venditorem facta sit, æstimationem præstari, si vinum hodie pluris sit: non significat eam deberi, quæ maxima fuit, ex quo mora est, sed quæ fuit tempore litis contestatæ. De quo mox plura. Ac de æquitate contrariæ sententiæ dictum est.

Venio ad eos locos, quibus illa confirmatur. In quibus illi primum nobis opponuntur, quibus traditum est, si quæratur, cujus temporis res petita recipiat æstimationem, id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit post moram. Diserte hoc scriptum est in *L. in re*, §. 1. *infr. de cond. fur.* scriptum quidem in condictione furtiva adversus furem; sed nihil hoc ad defensionem, ut dicatur hic statui aliquid, quod sit proprium furis in odium furum, ut et alia pleraque. §. *sic itaque*, *Inst. de act.* cum enim superius illud scriptum sit nominatim ratione adjecta, non quia agatur adversus furem, sed quia fur perpetuo moram facere videatur: ratio hæc satis ostendit sententiam ad omnes pertinere, qui moram in re debita fecerunt. Sed ne in hoc loco hæreamus, eadem sententia adversus omnem debitorem generaliter expressa est in *L.* 3. *infr.* de cond. trit. *in hac actione*, inquit Ulpianus, triticiariam actionem intelligens, *si res petita post moram deterior facta sit*, *etiam ejus æstimatio habenda est*, *quanto deterior res facta sit*: et generaliter in his omnibus quæ ante dixerat, *post moram ad tempus moræ reducenda erit æstimatio.* Ait *in hac actione* triticiaria. Hæc autem ex omni caussa competit, præterquam si ex ea petatur pecunia numerata, *L.* 1. *infr. de cond. tri.* Et de his duobus locis, et si qui sunt similes nobis hoc responsum sit; pertinere quidem hos ad omnem debitorem, qui moram fecerit; exprimere præterea hanc sententiam, ut quanti unquam plurimi res fuit post moram, tanti debeat æstimari; sed diligenter observandum esse, quod de re ita æstimanda in utroque dicitur, de re et specie certa debita, veluti Sticho, dictum esse. In *L. in re*, §. 1. *de con. fur.* de re furtiva agitur: genus furto auferri non potest: sed quidquid tractatur et aufertur, id rem certam et certum corpus esse necesse est. In *L.* 3. *de cond. trit.* primis verbis videri potest quæstio referri ad omnes res debitas, etiam quæ generaliter debeantur, ut vinum, oleum, frumentum. Sic enim verba sunt; *in hac actione si quæratur*: per hanc autem actionem (triticiaria enim intelligitur) generaliter res omnes peti possunt, si quæ sint præter pecuniam, sive pondere sive mensura constent, ut traditur in *d. L.* 1. *eod.* Sed ex illa infinitate rerum, quæ ea actione peti possunt, aperte sequentibus verbis revocatur res ad certam speciem petitam: cum in definitione æstimationis quæ subjicitur, adjicitur hæc conditio, *si res petita perierit*, *aut si facta sit deterior.* Horum enim utrumque de re solum certa dici potest: in eam quæ generaliter debebatur, eoque incerta sit, non cadit. *L. in ratione*, §. *incertæ*, *infr. ad leg. Falcid.* Hoc illud est, quod supra attigi: Res certa si debeatur, ut Stichus: quanticunque unquam ea fuerit post moram,

ram, tanti æstimanda est. Res incerta, ut vinum, oleum, frumentum, cujus genus debeatur, ut in mutuo, in ea caussa est, ut ex uno hoc tantum tempore æstimari debeat: diei constituti, si quis solutioni dictus est; aut litis contestatæ, si de die nihil dictum est. Et certe dignum est observatione, quod cum veteres definierunt tempus moræ spectandum esse, semper definitionem conceperunt de re certa debita, quæ post moram periisset, aut deterior facta esset. Cum autem in re aliqua dixerunt diem constitutum esse spectandum, aut tempus litis contestatæ, constanter ubique quæstionem posuerunt de vino, oleo, aut frumento, ut hac *L. et L. ult. infr. de cond. trit. et L. quoties in diem, infr. de verb. obl.* An temere hoc ab illis tam constanter factum putamus? Prudentiæ illorum non convenit ita existimari: sed potius hæc distinctio rerum tam diligenter observata certo argumento est, quod de his rebus dissimiliter statuerunt, caussam in eo fuisse, quod hæ res in dissimili caussa haberentur. Quod cum ab aliis observatum non sit, aut si est, nihil tamen putarint ad rem facere mirandum non est, si hæc objectio illos vicit. Videbant enim, quam esset definitio quibusdam in rebus aperte scripta, quæ rei æstimationem ad tempus moræ redigeret. Quod si inter res debitas nihil interest, consequens fuit, ut etiam in vino et cæteris rebus eandem definitionem admitterent. Sed quæritur differentiæ ratio. Ea vero est in promptu, si quis mecum attendere voluerit, eaque ex iis quæ de mora, deque conditione rei generaliter diximus nullo negotio intelligi potest. Cur ergo res certa si quo tempore plurimi fuit post moram, tanti æstimanda est? quia mora perpetuam facit obligationem; quo autem tempore post moram res certa fuit plurimi, eo etiam tempore debebatur, et uti erat, ita debebatur. Quod res talis debebatur, facit ut necesse tum fuerit aut talem præstari, aut pro re quæ præstaretur, saltem ejus æstimationem. Quod tunc debitor in mora erat, facit ut quod tum semel cœpit deberi, id quandocunque res peti aut judicari cœperit, præstari debeat creditori: quia, ut dixi, ejus rei obligationem mora perpetuam fecerit. Cur contra si vinum debeatur ex mutuo, aut res alia quævis generaliter: non æstimatur, quanti vinum fuit, cum extra judicium petitum est, aut alioqui debitor moram facit? non utique quia mora non ubique perpetuet obligationem, si qua obligatio ante fuerit; sed quia nulla hic ejus temporis obligatio est, quam mora perpetuam faciat. Jam enim dixi, cum vinum debetur generaliter, id est, non hoc aut illud dolium, sed vini dolia tot, nullius temporis vinum deberi, nisi quod conventio certum effecerit, aut litis contestatio. Sic ergo recte colligemus: aliorum temporum vinum non debetur: proinde nec debebitur æstimatio eorum temporum. Prius enim rem deberi oportet, quam ut propter rem debeatur æstimatio. Nec quidquam referet, utrum debitor moram non fecerit, an fecerit eo tempore, cujus æstimatio petitur. Mora enim obligationem, si qua esset, retinere potuit; novam, et eam quæ non esset, inducere non potuit. E diverso, debetur vinum quod fuit eo die, cum solvi debuit, aut fuit tempore litis contestatæ: idcirco quandoque agetur postea, et in eorum temporum æstimationem reum condemnari oportebit, sive tum res erit plurimi, sive minimi: scilicet ut quoniam semel horum temporum vinum cœpit deberi, perpetuo id quoque, aut ejus æstimatio debeatur juxta eandem regulam, quia mora perpetuam fecerit eam obligationem. Ex quibus apparet, quam in hac distinctione rerum a veteribus constituta, cum de earum æstimatione quæritur, omnia sint cohærentia inter se, et rectæ rationi ac regulis juris consentanea. Ac de his locis responsum est, quibus aperte dicitur rei petitæ æstimatio ad tempus moræ redigi debere, sed in re certa, non in vino mutuo et similibus rebus generaliter debitis.

Alterum hic nobis opponitur genus locorum, qui de vino quoque ipso quod generaliter debetur, scripti sunt, et ita scripti, quasi etiam in eo æstimatio ejus temporis spectanda sit, quo mora facta est. † 18
In quam sententiam ad extremum utuntur his locis, *L. si sterilis*, §. *cum per venditorem, infr. de act. em.* et præterea hoc loco. In §. *cum per venditorem* scribit Paulus; *Cum per venditorem vini aut tritici steterit, quominus rem tradat, emptorem pretium vini aut tritici consequi*, non etiam eam utilitatem, quæ circa rem non consistat. Non enim majorem fieri obligationem, *quod tardius agitur: quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit.* Quod ait, mora a debitore facta, pretium vini præstari, hinc intelligi voluit pretium ejus tempori præstari, quo mora facta est. Quorsum enim proponi moram factam esse, nisi ut in eo de quo quæritur, hoc tempus spectetur? Quod subjicit, crescere obligationem, *si vinum hodie pluris sit*: his vero

ro verbis non dubitant etiam hoc exprimi, post moram crescere vini æstimationem, ut non solum in hac æstimatione facienda spectandum sit id tempus, quo primum mora facta est, si creditori expediat, sed etiam sequentia, si his vini æstimatio creverit. Nos videamus, ne utrumque non solum non colligatur ex eo loco, sed etiam eo loco refellatur. Paulus ait emptorem vini pretium consequi, nihil præterea. Non ideo hinc colligas eum consequi pretium ejus temporis, quo mora facta est: cum sint alia multa tempora, quorum pretium possit præstari, ut cum id præstitum fuerit, non minus verum sit emptorem pretium rei esse consecutum. Quid si aperte negat tempus moræ hic esse spectandum? et vero negat, cum ait, *non fieri majorem obligationem, quod tardius agitur.* Nam etsi emptor tardius agit post moram venditoris; non eo tamen minus interim venditor in mora est, qui semel eam facere cœperat. Quid ergo attinuit dicere pretium vini in æstimationem venire addita conditione, *cum per venditorem mora esset, quominus daret*; nisi ex eo tempore hæc utilitas in æstimationem venit? moræ venditoris conditio adjecta est, quia prius quam moram fecerit, vinum adversus eum non sit æstimandum; non quia statim in ejus temporis æstimationem damnari debeat. Recte etiam dicetur, non ideo Paulum mentionem moræ fecisse, ut quidquam de eo affirmaret, sed ut quod a quibusdam illi tribuebatur, removeret. Volebant enim, postquam per venditorem stetisset, quominus vinum traderet, augeri obligationem venditoris propter moram. Id negat Paulus, ut ratio ab eo subjecta indicat. Denique tempus moræ ne in vino quidem vendito spectandum esse, aperte declaratur in *L.* 3. §. *ult. infr. de act. em.* qui locus, cum in emptione vini quæritur, cujus temporis æstimatio facienda sit in consilium adhibendus est. Est enim de eo diserte et ex professo scriptus. Sic autem illic traditur, *si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur.* Quorum neutro significatur id tempus, quo primum mora fieri incipit: sed per prius significatur ut quidem vulgo putant, tempus contractus; ut autem supra nos docuimus, dies quo vinum ex lege venditionis tradi debuit; per posterius autem significatur tempus litis contestatæ, ut postea ostendemus, cum agemus de tempore rei judicatæ. Quod autem amplius ex supra scripto loco Pauli colligi volunt æstimationem vini crescere post moram, non minus ex ipso loco refellitur, quam superius. Ait quidem Paulus crescere obligationem, *si vinum hodie pluris sit.* Sed illud *hodie*, cum ad id tempus quod prius positum erat, referatur: facile quomodo accipiendum sit, ex præcedentibus intelligitur. Prius hæc verba erant, *nec major sit obligatio, quod tardius agitur*: idest, judicio agitur, ac proinde quo lis contestatur. Nam hinc judicium initium habet. *L. unic. C. de lit. contest. L. amplius, infr. rem rat. hab.* continenter subjicit, *quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit.* Plane hoc *hodie* aliter intelligere non possumus, quam ut sit hoc die quo agitur: ut scilicet demonstretur is dies, seu id tempus, quod proxime præcesserat. Quibus verbis aperte statuitur æstimatio ejus temporis, quo lis contestatur, seu quo judicium accipitur: ut manifestum sit etiam illic eandem sententiam confirmari, quam hoc loco in vino mutuo relatam videmus. Quod si nihil illic aperte adjectum esset de tempore, cujus æstimatio spectari deberet; tamen quod esset eo loco omissum, intelligeremus aliorum locorum regulis relinqui oportere. *L. precipimus, in fin. C. de app.* In quibus præter hunc locum est *L. ult. infr. de cond. trit. et L.* 3. §. *ult. infr. de act. em.*

Superest hic locus, ex quo etiam efficere conantur, in vino ipso mutuo æstimando tempus moræ esse spectandum. Idque dupliciter: primum ex verbis ipsis, quasi et hæc sententia verbis exprimatur: deinde ex eo, quod de die adjecto spectando hic dicitur. † Scribit Julianus: *si dictum non* 19
esset, quo tempore vinum reddi deberet, tanti vinum æstimandum, quanti fuisset tunc, cum petitum esset. Generaliter dixi, *cum petitum esset.* Ergo non solum quo tempore petitum erit judicio, sed etiam quo petitum erit extra judicium; et generaliter, quo mora facta erit: quandocunque enim interpellatur debitor, ut solvat, dum opportuno loco et tempore, si non solvit, moram facit. *L. mora, infr. de usur.* Sed hoc levius: jam enim supra satis ostendi his verbis non aliam hic petitionem intelligi posse, quam eam, quæ judicio fieret, idest, non aliud, quam litis contestationem. Si verbum spectatur: verbo petendi hæc sola petitio proprie significatur. *L. amplius, infr. rem rat. hab.* Si quæritur sententia: manifestum est Julianum posita quæstione non de tempore cujusvis interpellationis, sed nominatim de tempore litis

con-

contestatæ, non de alia petitione, quam
de qua interrogatus erat, respondere vo-
luisse. Postremo si quid in ejus responso
esset ambigui: tamen cum Sabini senten-
tia, quæ hic refertur, sic aliis locis expli-
cetur; ut aperte dicatur si de die nihil
convenit, id tempus esse spectandum, quo
judicium accipitur, seu tempus litis conte-
statæ: quin ex illis hic locus ita interpre-
tandus sit, dubitare non debemus. Sic au-
tem refertur hæc ipsa sententia in *L. ult.
infr. de cond. trit. L.* 3. *§. in hac, infr.
com.* Sed hoc de his verbis concesso, ur-
gent quod de die constituto hic responde-
20 tur. † *Si dictum sit*, inquit Julianus, *quo
tempore vinum redderetur, tanti æstimatio
facienda est, quanti tunc fuit.* Satis hoc,
inquiunt, argumenti est, tanti vinum æsti-
mandum quanti est tunc, cum mora facta
est: nam eo tempore, si vinum non solvi-
tur, debitor in mora est. *L. magnam, C.
de cont. et com. stip.* Nec vero ante mora
fieri potest, quantumvis ante ut solveret,
debitor interpellatus fuerit. *L. lecta*, vers.
sed cum sortis, infr. eod. Nullum vero hoc
argumentum est. Etsi enim cum debitor
sua die vinum non solvit, moram facit:
non tamen ex eo tempore vinum æstimatur,
quia debitor eo tempore moram fecit: sed
quia ita convenit, ut eo die solveretur, qua
ex conventione quæsitam esse ejus temporis
utilitatem intellectum est. Tolle hanc con-
ventionem in aliis temporibus, quæ litem
contestatam antecesserunt: consequens est
eorum æstimationem non esse spectandam.
Idem et de tempore litis contestatæ dicemus.
Unumquemque litem contestando moram
facere certum est, nisi aperte justam caus-
sam habeat, cur ad judicium provocet.
*L. nemo, §. ult. infr. de verb. obl. L. si
quis solutioni, infr. de usur.* Ac lite de
vino contestata quanti tunc vinum fuit,
in tantam æstimationem reus condemnatur.
Num ergo quisquis moram facit, ejus tem-
poris, quo moram facit, habita æstimatio-
ne condemnandus est? Minime: non enim
quia eo tempore mora fit, ideo id tempus
in re æstimanda spectatur: sed quia quale
quidque est quod in judicium deducitur,
tale etiam præstandum est. *d. L.* 2. *infr.
de usur.* Alioqui et insequentium quoque
temporum; quibus non minus mora fit, et
præcedentium quibus debitor recte interpel-
latus est, non minus sit æstimatio spectan-
da: atque ita frustra ad tempus litis con-
testatæ revocetur, quod sit cum aliis omni-
bus temporibus commune.

Hactenus ergo nec ex tempore moræ vi-
ni æstimationem faciendam esse effectum
est, multoque minus tanti æstimandum,
quanti ab eo tempore plurimi fuerit. † Quid 21
tertium illud, quod litem contestatam se-
quitur? De eo saltem probandum esse vi-
debitur, ut si per id tempus vinum pluri-
mi fuerit, ejus æstimationem præstari opor-
teat. Certi enim juris est post litem con-
testatam omnem caussam restituendam es-
se, idest, id omne quod habiturus esset
actor si tempore litis contestandæ res pe-
tita soluta esset. *L. cum fundus, infr. eod.*
unde et fructus, qui ex mora non deben-
tur, placet post judicium acceptum esse
præstandos. *L. videamus, §. si actionem,
infr. de usur.* Hac sententia effici videtur,
si creverit postea vini æstimatio, hanc quo-
que debere præstari: propterea quod si vi-
num tempore litis contestatæ solutum esset,
id asservasset creditor, deinde vendidisset
idoneo tempore, sic pretium ejus temporis
esset consecutus. Et hoc quidem in specie
seu re certa petita recte dicitur: quoniam
si hæc postea non periit, certum est eam
omnibus temporibus insequentibus in rerum
natura fuisse, ideo et omnibus vendi po-
tuisse, si recepta esset. Unde si quando
plurimi fuit non dico post litem contesta-
tam, sed ex quo primum per debitorem
stetit, quominus eam daret, placet reum
tanti condemnari, ut ante diximus. At idem
in vino petito quod mutuum datum erat,
dici non potest. Cum enim hic non certum
corpus petatur, sed vinum in genere: per-
spicuum est rem peti, quæ nusquam ap-
pareat in rerum natura, quod tandundem
valet, ac si peteretur, quod non exstaret
vel eo tempore quo vinum petitur, vel se-
quentibus, quibus crevit vini æstimatio. In
re quæ non exstat, divinare non possumus,
an creditor si quam certam speciem initio
accepisset, eam deinde asservaturus esset
et habiturus eo tempore, quo vinum plu-
ris fuit. Id quidem futurum fuisse certum
non est: cum non minus fieri potuerit, ut
desineret habere, quam ut integram serva-
ret. Quinimo frequentius usuvenit, ut cre-
ditores qui aliquo tempore vinum accepe-
runt, id non diu retineant, aut enim vinum
corrumpitur, aut acceptum statim consu-
munt, aut metuentes corruptionem, vel alia
pericula, primo quoque tempore vendere
solent: nec opportunitates sequentium tem-
porum exspectant, dum hæ quales futuræ
sint, ignorant, et cavent, ne male futuras
exspectando præsentibus et his melioribus
excidant. Quod si certum non est credito-
rem vinum acceptum fuisse servaturum et
habi-

habiturum postea: ne pretium quidem sequentium temporum eum habiturum fuisse certum est, prius enim his temporibus rem subesse oportet, quam possit quidquam per ea tempora ex re percipi. Sic fit, ut quanti vinum sequentibus temporibus fuit, id in his rebus quas actor vino soluto habere potuisset, numerari non debeat: eoque nec tanquam caussa debeat ei præstari. Quoties enim de utilitate actoris, et eo quod habere potuisset, quæritur: utilitas solum æstimatur ea, quam certo habere potuit, si vellet: non ea, quæ an caperetur, incertum fuit. *L. quemadmodum*, §. *item Labeo. supr. ad leg. Aq.* Denique damnum quod revera inducitur, exigimus, ut loquitur Justiniani constitutio in *L. unica*, *ver. in aliis*, *C. de sent. quæ pro eo quod int.* Quare ne hic quidem quidquam affertur, cur ea tempora quæ judicium acceptum sequuntur, spectare aliquando debeamus.

22 Restat † condemnationis tempus seu rei judicatæ. Hoc vero spectandum esse rursum aliis locis prope diserte expressum videtur. Hi tres sunt. *L.* 3. *infr. de cond. trit.* *L.* 3. §. *in hac*, *infr. com.* *L.* 3. §. *ult. infr. de act. empt.* de quibus dicam sigillatim. In *L.* 3. *infr. de cond. trit.* in principio ita scriptum est: *In condictione triticaria si quæratur*, *res quæ petita est*, *cujus temporis æstimationem recipiat*, *verius esse condemnationis tempus spectandum.* Ad eum locum duo sunt in promptu, quæ respondeamus. Prius hoc est, non magis illic dici tempus condemnationis esse spectandum, quam tempus litis contestatæ, quod nunc spectari volumus. Etsi enim verbis ita concepta illa definitio est, ut nihil amplius exprimatur, quam tempus condemnationis spectandum: tamen postea sequentibus membris ita temperatur, ut apparet definitionem illam statui his conditionibus, si et res petita tunc exstet, et ante non sit facta deterior. Corrigitur enim seu temperatur ita postea, nisi aut res petita ante desierit esse in rebus humanis, aut sit ante deterior facta. Quorum temperamentorum prius est in illis verbis; *si vero desierit esse in rebus humanis*: posterius illic, in *utroque autem.* Qui dicit tempus condemnationis esse spectandum, ubi res petita exstat, nec ante deterior facta est: is non minus dicit spectandum esse et tempus litis contestatæ, quo et ipso tempore res eodem statu, et eadem æstimatione fuerit. Sed ideo dicitur condemnationis tempus spectandum; quia cum in re judicanda de æstimatione rei quæratur, facilius sit præsentis ejus temporis æstimationem invenire: nihil autem necesse sit ad alia tempora retro ferri, ubi præsentis æstimatio sufficiat. Altera defensio est, eaque certissima, nec minus faciens ad illius loci explicationem: Etsi quid eo loco traderetur de tempore condemnationis spectando diversum ab eo quod hic traditur; tamen nihil id ad hunc locum pertinere, nec quidquam ei adversari. Meminisse enim oportet ejus, quod jam supra de eodem loco monuimus, agi illic de re certa petita, ut Sticho, qui et possit desinere esse in rebus humanis, et possit deterior fieri. De hoc genere vere dici, quanti unquam plurimi res certa fuit post moram, in tantam æstimationem reum condemnari oportere: quia omnibus illis temporibus res debita fuerit, et quia debita, talis quoque præstari debuerit, qualis tum fuit. Huic sententiæ consequens est, in hoc genere tria hæc tempora varie esse spectanda, de quibus illic constituitur, prout hoc aut illo res erit plurimi: tempus condemnationis; tempus quo res petita mortua est; tempus, quo deterior facta est. Sed de totius ejus loci sententia in ejus explicatione dicetur commodius. Nunc hoc satis sit, dicta hæc esse in re certa: quæ quia debetur omnibus temporibus et debetur talis, qualis est, ideo si non præstetur, omnium temporum, quibus plurimi fuit, æstimationem deberi necesse est: proinde et ejus, quo res judicatur, si eo tempore fuit plurimi. Ad vinum quod generaliter debetur, de quo agimus, hæc sententia, ut supra dixi, non pertinet. Cum enim in hoc genere nullius certi temporis vinum debeatur, præterquam temporis litis contestatæ, quod et ipsum in judicium deductum est, ut supra ostendimus: absurdum est, vinum aliorum temporum, quod nec debeatur, nec in judicium deductum sit, æstimari, ut reus in eam æstimationem condemnetur. Hæc de *L.* 3. *infr. de cond. trit.* qua parte condemnationis tempus spectandum illic traditur. In *L.* 3. §. *in hac*, *infr. com.* qui alter erat locus de tempore rei judicandæ spectando in re petita æstimanda, hæc verba sunt: *In hac actione* (intellige commodati, de qua illic agitur) *sicut in cæteris bonæ fidei judiciis*, *similiter in litem jurabitur*: *et rei judicandæ tempus*, *quanti res sit*, *observatur.* Hæc vero sententia, ut videtur, generalis est res omnes complectens, quæ bonæ fidei judicio deberi possunt, et de quarum æstimatione quæritur. Etsi enim institutus est sermo de commodato, in quem contractum

non

non nisi rem certam venire constat: tamen apparet definitionem conceptam esse non solum de commodato, sed nominatim etiam de cæteris bonæ fidei judiciis: quorum ex quibusdam non minus vinum deberi potest, quam ex mutuo: nam vendi posse constat itidem ut mutuo dari. Sed hic facilis quibusdam et expedita responsio esse videbitur, et quidem ea, quæ ex eodem ipso loco suppeditetur. Additur enim ibidem hæc correctio: *quamvis in strictis litis contestatæ tempus spectetur.* Quid autem hinc sumatur aliud, quam re vera ita jus esse in bonæ fidei judiciis, ut in his observetur tempus rei judicandæ; neque tamen id huic loco adversari, quia diversum sit in strictis judiciis, in quibus tempus litis contestatæ spectatur? ac de contractu stricti juris hic agitur, nempe mutuo. Hæc solutio potest satisfacere iis, qui verbis contenti res ipsas non expendunt: idest, nec quærunt, quale sit id quod concedunt in bonæ fidei judiciis, cum de re quovis modo æstimanda agitur, rei judicandæ tempus spectari, verumne, an falsum: nec cogitant, si id in bonæ fidei judiciis spectandum est, dici debuisse etiam spectandum esse in strictis judiciis: quia utrobique id servandum sit, quod æquum est: quod satis est ad hunc locum oppugnandum; idemque in contrarium valere, ut si in strictis judiciis spectandum est tempus litis contestatæ, idemque æquum est: necesse sit idem servari et in judiciis bonæ fidei: quia in his præcipue omnia ex bono et æquo æstimentur, §. *in bonæ*, *Inst. de act.*

23 Ego autem sic † statuo, si in re æstimanda hoc quæratur, non quanti sit jurejurando actoris æstimata, sed quanti sit re vera æstimatione et officio judicis, de qua æstimatione nunc agitur: unam hanc in omnibus judiciis distinctionem esse servandam, ut si res certa debetur, et petita est, quanti unquam plurimi fuit post moram, in tantam æstimationem ejus condemnari debeat: proinde et quanti est tempore condemnationis, si eo tempore est plurimi: neque in eo quidquam referat, sitne bonæ fidei judicium, quo agitur, an stricti juris. Sin autem vinum aut aliud genus debetur, et id æstimandum est: non minus in bonæ fidei judiciis, quam in mutuo spectandum sit tempus litis contestatæ, si quo die res solveretur non convenit. In re certa nihil æquius, nihil verius: de quo dicetur pluribus ad L. 3. *infr. de cond. trit.* In vino autem, et similibus mercibus, quarum non species, sed genus debetur, si quæratur cujus temporis æstimatio facienda sit, spectandum esse tempus litis contestatæ in bonæ fidei judiciis æque atque in strictis: ita, credo, plane statui poterit, si statuerimus natura et potestate judicii id aliter fieri non posse. Atqui aliter non potest. Quid est enim natura judicii bonæ fidei quod præstandum sit? utique quod debetur, non id quod non debetur: ejus enim quod debetur, actio est: ejus quod non debetur, nulla. *L. nihil infr. de obl. et act.* At jam docuimus, cum vinum generaliter debetur, solum deberi vinum ejus temporis, quod solutioni dictum est; aut si dictum non est, solum ejus temporis quo lis contestatur. Quare et hujus solum temporis vinum præstandum: aut quia jam non potest, ut tum fuit, reliquum est, ut præstanda sit ejus temporis æstimatio. Quid potestas judicis in bonæ fidei judiciis, quænam est? ut reum convictum condemnet in id quod in judicium deductum est: id autem quod deductum est, ne excedat: *L. ut fundus*, *supr. com. divid.* Jam vero cum vinum in judicio generaliter petitur, ut ejus temporis vinum debetur, ita et ejus temporis vinum in judicio deduci intelligendum est, nec vero potest alius temporis vinum peti, nisi certo die solvi ex conventione debuit. Sed nec dici potest idem vinum esse, et quod est tempore litis contestatæ, et id quod, est tempore rei judicandæ: ut quis dicat eadem petitione utriusque temporis vinum in judicium deduci. Re ista distincta sunt, ut temporibus. Singulæ enim species, quæ utroque tempore ex genere præstari possunt (species enim tantum ex genere debentur, licet incertæ, non totum genus) diversæ sunt non tantum numero; sed et qualitate et æstimatione. Proinde prius vinum ut in judicium deductum a judice æstimari pro potestate potest et debet; posterius ut non deductum ad potestatem judicis non pertinet, eoque nec eo judicio præstandum aut æstimandum est. Consideremus præterea, cur in strictis judiciis re in genere petita placet spectari tempus litis contestatæ: reperiemus supra scriptis de caussis id recipi, atque ita etiam fieri ut iisdem de caussis æquum sit. At valent hæ caussæ non minus in bonæ fidei judiciis. Generis enim promissi ubique eadem potestas est. Et quod de re non præstanda, nisi quæ debita sit, diximus, omnium actionum commune est. Quod item diximus ultra id quod in judicium deductum est, potestatem judicis non excedere, sumptum est. ex *d. L. ut fundus*, *supr. com.*

com. divid. ubi id usurpatur in judicio communi dividundo, quod est bonæ fidei. §. *actionum autem*, *Inst. de act.* Cur dubitemus igitur in paribus caussis et pari æquitate idem in bonæ fidei judiciis admittere, quorum natura præcipue hanc æquitatem flagitat?

24 Postremo mihi † dubium non est, quin id ipsum, quod volumus, diserte traditum sit in *L.* 3. §. *ult. infr. de act. em.* Illic scriptum est: *si per venditorem vini mora fuerit, quominus vinum traderet, condemnari eum oportere, utro tempore pluris vinum fuerit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur.* Quo *venit*, idest, quo ex lege venditionis tradi debuit; ut supra ostendimus, cum de tempore contractus ageremus. *Quo lis in condemnationem deducitur*, sic iterpretandum est: quo agitur, seu quo judicium ad futuram condemnationem accipitur, ut paulo post pluribus docebimus in objectione diluenda quæ ex his verbis ducitur. Quod si ita est, plane eo loco eorundem temporum æstimatio confirmatur in bonæ fidei judiciis circa vinum debitum, quæ statuitur hoc loco in mutuo circa vinum quod mutuum datum erat. Quod si hoc adhuc obscurius est in *d.* §. *ult. L.* 3. *de act. em.* sumamus quod ibidem sequitur: hoc vero attendenti omnem dubitationem eximet. Subjicit enim Pomponius: *quod si per emptorem mora fuisset, æstimari oportet pretium, quod sit, cum agatur, et quo loco minoris sit.* Certum est hæc verba *cum agatur*, significare cum judicio agatur, seu cum judicium acipiatur et lis contestetur. *L. amplius, infr. rem rat. hab.* Ergo aperte hoc casu dicitur spectandum esse tempus litis contestatæ in vino, etiam vendito æstimando: quod judicio ex empto, proinde et judicio bonæ fidei peti constat. Dices fieri hoc propter emptoris ejusdemque actoris moram; nos autem de eo reo agere qui ipse in mora sit. Et fateor propter emptoris moram fieri, quod non æstimatur vinum, quanti fuit eo tempore, quo ex conventione tradi debuit, si eo tempore oblatum emptor non accepit; quod contra fieret, si ipse venditor in eo tradendo moram fecisset, ut initio §. dictum erat: idque est, quod Pomponius hac oratione disjunctiva, *quod vero*, indicare, et in quo posteriorem emptorem a priore distinguere voluit. At ut hoc die contempto spectetur tempus litis contestatæ, quod superioribus verbis expressum est, non fit propter emptoris moram, quæ tunc cum agit, amplius nulla est; sed jure et ratione communi, ut alioqui fieret si solus venditor ab initio fuisset in mora. Etsi enim emptor ante recusando moram fecit; tamen cum ex pœnitentia vinum postea petit, et accipere paratus est, is in mora esse desinit, et jam venditor solus moram incipit facere: quæ posterior mora tam ei nocet, quam si emptor nunquam fecisset *L. illud*, *infr. de per. et com. rei ven.* † Quid sibi vult igitur, 25
quod in *d.* §. *in hac L.* 3. *infr. com.* quem locum tractamus, tam aperte dicitur, *in bonæ fidei judiciis, rei judicandæ tempus quanti res sit observari*? Si simpliciter hoc scriptum esset, faterer non liquere. Verum cum absolute scriptum non sit; sed ea verba præcedant, quæ rem expediant, si modo animum advertere volumus: incivile est nisi tota definitione perspecta, de una aliqua particula pronunciare vel respondere. *L. incivile*, *supr. de legib.* Sententia igitur ejus loci sic habet: Prius hæc verba erant: *in commodati actione similiter ut in cæteris bonæ fidei judiciis in litem jurabitur*: Adjicitur continenter; *et rei judicandæ tempus, quanti res sit, observetur*; vel ut in aliis exemplaribus, *ut rei judicandæ tempus, quanti res sit, observetur*: quod est melius: sic enim non perturbatur oratio temporibus, ut cum dicitur, jurabitur, et observatur, et oratio ad veram sententiam, quam dicam, proprius accedit. Sed sive hoc, sive illud placet: conjunctim totum hoc, dictum est, in commodati actione in litem jurari, et rei judicandæ tempus quanti res sit, observari. Quare et conjunctim accipiendum est: ut sit sensus, et tempus rei judicatæ spectari, non simpliciter, sed tunc cum in litem jurabitur, quæreturque cujus ex temporis æstimatione actor jurejurando litem æstimare debeat. Hinc duplex defensio. Nam primum hinc apparet dictum id esse de re certa petita: quoniam proprie in bonæ fidei judiciis et similibus non juratur in litem, nisi ob dolum et contumaciam non restituentis, vel non exhibentis. *L. in actionibus*, vers. *sed in his*, *L.* 1. *et* 2. *infr. de in lit. jur.* Non juratur, nisi ut res dominii aut juris nostri arbitrio nostro potius æstimetur. *L. tutor*, *supr. de in lit. jur.* Quæ omnia nisi in rem certam petitam non cadunt. Nos de vino et similibus rebus quæ in genere debeantur agimus. Deinde etsi ageretur hic quoque de re certa; tamen in hoc ipso genere rerum æstimando, ad hoc aut illud tempus spectandum multum interest, utrum de vera æstimatione remoto jurejurando quæ-

quæratur, an de ea, quæ committitur juranti in litem. In hac recte dicitur spectari tempus rei judicandæ; in illa nunquam, quocunque judicio agatur, ac de ea nunc quærimus. Sed quoniam hoc totum ad rem certam pertinet, ferturque potissimum adversus *L.* 3. *infr. de con. trit.* ideo in eum locum hujus partis explicationem fusiorem rejiciemus.

26 Restat nobis † locus tertius, nempe *L.* 3. §. *ult. de act. em.* cujus verbis diserte tempus rei judicatæ statui videtur, quod spectemus in re petita æstimanda: in judicio quidem ex empto, quod est bonæ fidei; attamen non in re certa vendita, sed in vino de quo hic agimus. Sic autem verba sunt, quæ et ante retulimus. *Si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur.* Illis verbis, *quo venit*, intelligendum esse diximus, tempus quo vinum ex conventione solvi debuit. Esto, dicet aliquis, id tempus illis verbis significari intelligatur. At his verbis, *quo lis in condemnationem deducitur*, quodnam aliud tempus accipere possumus, quam tempus condemnationis, quo fit, ut res petita in condemnationem præsentem deducatur? Res dicitur in judicium deduci, quæ judicio præsenti subjicitur, seu quæ in præsente judicio esse incipit *L. ut fundus, supr. com. divid. L.* 1. *C. de lit. cont.* Quænam igitur dicatur res deduci in condemnationem, nisi quæ et in condemnatione judicis esse incipit? quod fit, cum judex reum in æstimationem condemnat: nec condemnat, nisi cum de re judicat. *L.* 1. *supr. de re jud.* Quapropter qui dicit id tempus spectandum, quo res in condemnationem deducitur, is dicit spectandum esse tempus rei judicatæ. Et non nego horum verborum hanc quoque significationem esse posse, si quis modo vim verborum consideret. Sed non minus et his verbis significari solet a juris auctoribus tempus litis contestatæ, idest, id tempus, quo res ab actore in futuram condemnationem deducitur, quod fit judicium accipiendo, et litem cum reo contestando. Sic usurpata esse ab Ulpiano hæc verba certum est in *L.* 2. *in pr. infr.* de exc. *Exceptio est*, inquit Ulpianus, *quæ interponi cujusque rei actioni solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deducitur.* Non solet exceptio interponi re jam disceptata et cognita tunc, cum res judicatur, et reus condemnatur: alioqui sera esset allegatio, quæ condemnationem non impediret; sed ab initio, cum lis contestatur; et eo modo lis in judicium deducitur: ac nisi id fit in strictis judiciis, exceptio postea opponi non potest. *L. præscriptionem, L. si quidem, C. de except.* Nec abs re dicitur res petitione actoris et litis contestatione deduci in condemnationem: deducitur enim eo facto in futuram condemnationem. Nec obstat, quod futura condemnatio non est condemnatio. Sic enim judicium accipiendo deducitur lis reo in futuram condemnationem, ut jam tum præsenti necessitate condemnationis subeundæ obstringatur sub conditione, si convictus fuerit. *L. negantes, C. de obl. et act.* Quæ necessitas facit, ut jam videatur suscipi condemnatio, quam reus, si velit, post judicium acceptum effugere non potest. Qua ratione et judicium accipiendo reus obligationem judicati contrahere dicitur: *L.* 3. §. *idem scribit, infr. de pecu.* quia exinde sese judicato seu condemnationi subjicere intelligitur; tametsi verum est id fieri sub conditione, si reus condemnatus erit, nec vere ante tenetur, quam sententia et condemnatio secuta fuerit. Videri etiam potest, quod est probabilius, nata esse hæc ratio loquendi ex more judiciorum veterum, in quibus prætor judicem dabat et judicium, idest, judicii formulam, qua præscribebat judici, quid in re controversa sequeretur: ad summam autem jubebat judicem condemnare, hoc modo. Si paret Lucium Titium Sempronio decem mutua dedisse, judex condemna. Quibus verbis jam tum rem deducebat in condemnationem judicis dati, idest, rem judicis condemnationi subjiciebat. Ergo ut nihil sit aliud: certe ambiguum verbum est, litem in judicium deducere. In ea ambiguitate quid is, qui loquitur, sentiat, spectandum est: non enim utrumque dicit, quod verbum significat, sed quod ipse voluit. *L.* 3. *infr. de reb. dub.* Non dubium est autem, quin Pomponius in *d. L.* 3. §. *ult. de act. em.* his verbis: *quo lis in condemnationem deducitur*, intelligat id tempus, quo agitur. Primum cum tempore ex quo res æstimanda est, comparat locum, cujus item æstimatio sequenda sit. Locum autem postea aperte eum dicit, quo agitur; ergo et tempus intelligi debet, quo similiter agitur. Sic enim ista ejusdem rationis sunt, et hoc modo recte comparantur: alioqui quam maxime dissimilia, et quæ in hac re nullo modo comparari possunt. Deinde diserte ita scribit paulo post: *si ante judicium per*

empto-

emptorem mora fuisset, æstimari oportet pretium, quod sit, cum agatur. Nec ad rem pertinet, quod id dicit, cum actor ante in mora fuit. Quisquis enim judicio aliquid petit a debitore, etsi maxime prius fecisset moram; tamen tunc cum agit, purgat moram, et deinceps debitor solus in mora esse incipit. *L. illud, infr. de per. et com. rei ven.* Ut consequens sit, de eo actore post petitionem institutam idem dicendum esse, quod diceremus, si moram prius non fecisset. Vult autem Pomponius in hoc actore pretium æstimari, quod fuit, cum ageretur, idest, cum judicium acciperetur, non autem cum reus condemnatur. Ergo nec si prius actor in mora non fuerit, id pretium æstimabitur, quod fuit tempore condemnationis, sed quod fuit, cum ageretur. Distinguere quidem Pomponius voluit in hac æstimatione alterum actorem ab altero, ut indicat adversativa illa oratio, *quod si per emptorem mora fuisset*; sed distinctio est in eo, quod creditore moram non faciente, sit condemnatio, utro tempore fuit minoris, de quo mox. Illud constitutum esse debet, non ita hos illic distingui, quasi in unius persona spectetur tempus rei judicatæ, alterius non spectetur: cum lite semel contestata non magis unus actor moram faciat, quam alter. Et notandum, non dicere Pomponium, condemnari oportere reum, quo tempore plurimi vinum fuit: sed utro tempore pluris vinum fuit ex his duobus, quæ subjicit, et nominatim designat. Quibus verbis aperte declaratur, non ad omnia tempora, quibus res plurimi fuit, æstimationem vini ab eo referri; sed ad hæc duo tantum, quæ exprimit: sic tamen, ut ex his id spectetur, quo vinum pluris fuit. Ita semper vel ex sententia ejus loci, vino petito, intra duo hæc tempora consistitur, etiam tunc, cum reus moram fecit, et bonæ fidei judicio agitur. Ea sunt autem tempora duo, quæ hic traduntur, ut ostendimus: quo fit, ut vel maxime eodem loco sententia Sabini et Cassii de iisdem temporibus etiam in bonæ fidei judiciis confirmetur. Et certe eo loco Pomponius ad libros Sabini scripsit, ut docet inscriptio capitis. Non est probabile: eum, qui tantum Sabino tribuebat, ut ejus libros interpretaretur, in hac parte Sabini sententiam infirmare voluisse, quæ ab aliis veteribus, etiam qui non ita ad Sabinum scribebant, tanto consensu recepta erat: hanc enim generalem fuisse intelligere possumus ex *L. ult. infr. de cond. trit.* Hactenus satis ostendisse mihi videor, quæ tempora hic removeri diximus, quorum non placet spectari æstimationem in vino et similibus mercibus, recte omnia removeri: nec quidquam adferri ex aliis locis, quo probetur ullum ex his esse spectandum. Quibus remotis, quæ relinquatur, apparet: nempe sola hæc duo restant omnino, quorum æstimationem in eo genere rerum spectare oporteat, quæ et ipsa sola hic definiri videmus: dies constitutus, et tempus litis contestatæ. De quibus tamen quid hic statuatur, amplius considerandum est: neque enim verba, uti scripta sunt, ita generaliter, et sine exceptione accipienda sunt. Alioqui non uno modo futurum est, ut definitio falsa, aut iniqua et aliis locis contraria reperiatur. Itaque quid hic æquitas rei, quid auctoris sententia postulet, videndum est. Quod ut possit explicari facilius, observandum est in verbis duo hic constitui: unum, quod pertinet ad numerum eorum temporum, quæ hic in universum spectari possint; alterum, quod pertinet ad electionem unius alicujus ex his, quæ proposita sunt, ut sciatur, quod ex his spectari debeat: neque enim simul omnia spectari volumus, aut etiam possunt. Numero duo illa tantum statuuntur, quæ dixi. Tempus autem quod ex his duobus spectandum sit, ita definitur: ut si quidem dies dictus sit solutioni, hic spectetur; si dictus non sit, spectetur tempus litis contestatæ. Cumque dicitur, si dies dictus sit, hunc sequendum: his verbis satis hoc casu tempus litis contestatæ excluditur: neque enim spectabitur dies constitutus, si sequemur tempus alterum. Horum utrumque cautione et explicatione indiget: quod si ad verba expenditur, et hæc per omnia retinere volumus, multis in caussis falsum est. Quale sit igitur, et quomodo accipiendum, videamus. Ac primum quod revocatur vini æstimatio ad duo tantum illa tempora superiora, et simul cætera removentur: recte dicitur, ac tunc sine exceptione locum habet, cum per debitorem mora fuit, quominus vinum traderet, non per creditorem, quominus acciperet. † Quod 27
si creditor in accipiendo moram fecit, interdum res exigit, ut aliud tempus, quam superiorum alterutrum spectemus. Nam si debitor vinum obtulit ante litem contestatam, cumque creditor sine justa caussa accipere recusasset, vini æstimatio postea aucta est: recte desiderabit debitor, ne pluris condemnetur, quam quanti vinum tunc fuit, cum oblatum est, idque doli mali exceptione consequetur: optima ratione, quæ in pecunia oblata et injuste recusata red-

ditur

ditur a Marcello in *L. qui decem*, *infr. de solut.* quia *non est æquum teneri* re oblata *eum, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset.* Certum est autem futurum fuisse, ut non teneretur, si creditor accepisset: sic enim solutum esset vinum, et debitor ea solutione liberatus esset. *Inst. quib. mod. toll. obl. in pr.* Et omnino, inquit Marcellus, *pro soluto oportet esse id, in quo creditor accipiendo moram facit.* At enim si debitor vinum quod pure debebatur, interpellatus non dederit: negavimus supra ideo vinum ex tempore hujus moræ æstimandum. Si mora a debitore facta, non ideo revocatur vini æstimatio ad tempus moræ: quomodo mora a creditore facta æstimationem ad id tempus potius revocemus? Quia debitor etsi interpellatus, tamen ejus temporis quo interpellatur, vinum non debuit: proinde nec æstimationem, quoniam mora augere obligationem non potuit. At cum debitor vinum recte obtulit, fecit offerendo, ut videatur debitum solvisse. Cum enim quis genus debuit, si unam speciem solvat ex eo genere, perinde liberatur, ac si eam speciem debuisset. *L. cum incertus*, *infr. de legat.* 1. Nec ad rem pertinet, quod creditor oblatum non accepit, ideoque nec oblatum solutum est. Quod enim vere solutum non est; tamen jure pro soluto haberi debet, in quo accipiendo creditor moram fecit: ut
28 diximus. † Quid, si debitor vinum duobus temporibus obtulit? Dicemus utro tempore vinum minoris fuerit, tanti eum condemnandum: eadem illa ratione: quia pro soluto haberi debeat id, in quo accipiendo creditor moram fecerit. Quapropter etsi quis vinum in diem debuit, cumque id sua die obtulisset: nec acceptum esset, id postea iterum offerat, cum vinum esset minoris: recte dicemus non pluris eum condemnandum esse, quam tum fuit, cum minoris esset: quia semper verum erit et in hac caussa pro soluto haberi debere id quod oblatum est: nec moleste creditor ferre debet, si non spectetur æstimatio diei constituti, quem ipse contempsit. Nam quod scriptum est in *L. 3. §. ult. infr.* de act. em. *Si per emptorem* vini, idest, creditorem *mora fuisset, æstimari oportere pretium, quod sit, cum agatur*: sic accipiendum est; si vinum tum fuerit minoris, ut de loco ibidem continenter subjicitur: neque enim alia conditione spectandus est locus, ubi agitur, quam tempus, quo agitur, ut ubique hæc comparantur, puta hoc loco, et *L. ult. infr. de cond. trit.* et maxime in *d. L. 3. §. ult. de act. empt.* Sic igitur hoc ratum: Si debitor vinum quod debebat, recte obtulit, et tunc vinum minoris est, quam cæteris temporibus, sumendam esse æstimationem ejus temporis, quo oblatum est, non ullius alterius. An non ergo adversus definitionem hujus loci aperte facimus, ubi intra hæc duo tempora tantum æstimatio concluditur: diem constitutum, et tempus litis contestatæ? Minime. Observandum est enim hic proponi vinum sua die non solutum: idem et judicio ita petitum, ut ad tempus rei judicandæ perveniretur. Cum nihil adjicitur, hæc ita accipi solent, ut intelligatur hoc modo mora facta esse a debitore: nam et cum sua die pecunia non solvitur, mora fit sine alia interpellatione. *L. hominem, in fin. infr. mand.* et ad judicium mora non præcedente facile perveniri non solet. *L. 3. in pr. infr. de usur. L. nemo rem, §. ult. infr. de ver. obl.* Quod cum aliter factum intelligi volunt juris auctores, addere solent, quod ad id intelligendum pertineat, rem nimirum a debitore esse oblatam. *L. semel, infr. sol. mat. d. L. qui decem, infr. de solut.* Quare si debitore vinum offerente mora a creditore facta erit: non repugnabit hic locus, quominus ejus temporis æstimationem spectemus, quo vinum oblatum est, si eo tempore minoris fuerit. Nam si pluris tum erit, quam cum agitur, nequaquam debebit id tempus spectari, quod debitori noceat: non enim debet creditori prodesse oblatio, quam ipse non admisit. Proinde quasi, hæc non intervenisset, ita in temporibus hic constitutis consistemus. Atque hæc de oblatione rei debitæ caveri oportuit, cum quæritur de numero temporum quæ hic spectanda proponuntur. Quod autem in unius ex his electione res ita definitur, ut placeat spectandum esse tempus litis contestatæ, si de die solvendi nihil convenerit; sin convenerit, hujus ipsius æstimationem sequendam. Prius quidem perpetuum est, quandiu debitor vinum non obtulit (nam re oblata quid juris sit, ante diximus) vino, inquam, ante non oblato dicimus semper spectandum esse tempus litis contestatæ: idque ita fieri necesse est, si nullum sit præcedens tempus, quod spectemus. Atqui diem constitutum spectare non possumus, ubi nullus constitutus est. Tempus autem moræ non esse spectandum antea effectum est: cum debitor ut præcedentis temporis vinum non debuit, sic nec debuerit æstimationem, nec mora secuta, obligationem auxerit. *L. centum, infr. de*

eo

29 *eo quod cer. loc.* † De posteriore autem monendi sumus, non item esse id perpetuum: quod enim dicitur; *si convenerit, quo die vinum redderetur, ejus temporis æstimationem sumendam*: sic accipiendum est: si et debitor eo die vinum non obtulit, et pluris eo die vinum fuit, ut creditoris intersit id etiam tempus spectari. Cæterum si vinum pluris fuit tempore litis contestatæ, dicemus adversus eum debitorem, qui sua die vinum non obtulit, ita constituti debere, ut quasi de die nihil convenisset, ita omisso eo spectemus tempus litis contestatæ pro commodo creditoris. Sumptum hoc ex *d. L.* 3. §. *ult. infr. de act. em.* ubi Pomponius de vino vendito ita scribit: *si per venditorem vini*, idest, debitorem *mora fuerit, quominus traderet: condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit*: vel quo tradi debuit, vel quo lis contestata est, et res in judicium deducta: quem esse ejus loci sensum supra ostendimus. Si utro tempore pluris vinum fuit, reus condemnandus est: fit, ut debeat condemnari quanti sit vinum tempore litis contestatæ, si eo tempore pluris fuit; quantumvis convenisset initio, ut certo tempore traderetur: contempto videlicet die constituto, quo die vinum fuit minoris. Scriptum quidem hoc est a Pomponio in judicio empti et venditi, quod est bonæ fidei; sed non minus et strictis judiciis propter eandem æquitatem recipiendum est: atque adeo non minus sententiæ hujus loci consentaneum est in his ipsis idem admittere. Quod enim tempus spectari hic præcipiatur, si de die solvendi nihil dictum sit, videmus: tempus litis contestatæ videlicet. Atqui cum debitor sua die non solvit, perinde haberi debet postulante creditore, quasi qui dies adjectus erat, adjectus non esset: hac enim die non solvendo debitor a constituto die discessit, eumque suo facto repudiavit. Nulla fit ei injuria, si non permittitur ei revocare id cui semel renunciandum putavit: neque adeo hoc illi facere invito adversario permittendum est. L. *si quis, C. de jurejur.* Ut nihil sit aliud: certe fidem in die constituto non præstat debitor, qui eo die non solvit, et moram facit: inverecunde postulat diem a creditore sibi servari, qui eum creditori non servavit. arg. in *L. cum proponas*, 2. *C. de pact.* Quodque de legibus dictum est in *L. auxilium, in fin. supr. de minor.* hoc idem et in die adversus debitorem videmur recte usurpare posse, non recte eum diei beneficium invocare, qui adversus diem commisit. Nec quisquam hic nobis objiciat conventionem, et dicat, cum dies initio dictus est, de die convenisse; hanc conventionem debitori esse servandam. *L. juris*, §. *ait*, *supr. de pact.* Hactenus enim illi servanda est, nisi diei constituto renunciaverit: erat enim dies adjectus ipsius caussa, ut eo solveret, si vellet. *L. eum qui Calendis*, §. 1. *infr. de verb. obl.* Licuit ei hoc die non uti, et juri pro se introducto renunciare. *L. pen. C. de pact. L. judex, supr. de minor.* quod tum fecisse eum apparet, cum in mora fuit, quominus eo die solveret. Sic fit, ut mora a debitore facta, quominus vinum solveret: si vinum eo die minoris fuerit: primum hoc recte statuatur non esse æquum diem constitutum pro adjecto haberi ei, qui hunc mora sua contempsit: deinde die remoto, recte dicatur vel huic loco, et Sabini sententiæ consequens esse, ut quasi de die nihil convenisset, debeat tempus litis contestatæ spectari, quo tempore pluris vinum fuit. Sed opponuntur verba hujus loci, in quo simpliciter ita scriptum est: *si dictum esset, quo tempore vinum redderetur, spectandum quanti tunc fuisset*: nec quidquam distinguitur, vinum eo tempore minoris fuerit, an pluris: ut probandum videatur, quanticunque tunc fuerit, eum diem omni modo esse spectandum. arg. in *L. item veniunt*, §. *petitam*, ver. *a quo*, *supr. de her. pet. L. de pretio*, *supr. de publician.* Ego autem etiam secundum verba recte ex hoc loco defendi posse puto, vino sua die non soluto, non esse diei constituti æstimationem spectandam, si eo die vinum minoris fuerit. Verba enim in legibus cum effectu accipere debemus: idest, ita ut cum verbis aliquid factum dicitur, intelligamus, quod factum sit utiliter et cum effectu, non quod inutiliter et sine effectu. *L.* 1. *in fin. supr. quod quis. jur. L. pen.* §. 1. *supr. ne quis eum qui in jus voc. est.* Et ideo si legatum relictum sit sub conditione, quæ sit impossibilis vel contra jus: etsi maxime hæ conditiones sint, si formam verborum spectes; tamen legatum ejusmodi non dicitur conditionale: quoniam conditio pro non adjecta habetur. *L.* 5. *ver. sed si sub conditione, infr. quan. di. leg. ced.* Hac ratione recte in proposito defendemus, non debere dici diem esse adjectum seu de die convenisse, si dies in ea caussa sit, ut pro adjecto non habeatur: quippe qui cum effectu adjectus non sit, seu utiliter. Jam autem ostendi pro non adjecto haberi debere ei, qui in eo moram fecit.

Nec

Nec multum ad rem facit, quod ab initio utilitré dies adjectus est: non enim sufficit utiliter adjecisse, nisi in eo perseveres. *L. nam etsi*, §. 1 *supr. de inoff. test.* parumque interest, utrum quid ab initio non facias,
30 an quod feceris, irritum fiat. † Quod adversus debitorem qui moram fecit, supra statuimus, spectari debere, utro tempore plus vinum fuerit, vel quo solvi debuit, vel quo lis contestata est, id tempus, quod debitori noceat: hoc e converso adversus creditorem, qui moram faciet statuendum est, ut spectemus, utro ex his duobus vinum sit minoris, quod noceat creditori: proinde spectabimus, quanti sit vinum, cum agetur, ut est in *d. L.* 3. §. *ult. infr. de act. em.* nempe si tum minoris fuit, ut in loco faciendum esse ibidem subjicitur: quod et supra attigimus. Et hoc nisi vinum debitor obtulerit, et die constituto, ac postea ante litem contestatam atque intermedio tempore vinum minoris fuerit quam die constituto, pluris autem tempore litis contestatæ, semper enim spectandum est id tempus, quo vinum oblatum est, prout id spectari debitori expediet, ut supra docuimus. Quod si non expediet, quia vinum minoris sit tempore litis contestatæ, ad hoc potius æstimationem referemus: contempto nimirum et in hac caussa die constituto: quo cum creditor uti noluerit antea, inique id revocare conetur, quod semel repudiaverit. Denique quæ in reum frustratorem de hoc die supra dicta sunt, eadem in frustratorem creditorem conveniunt omnia. His de sententia hujus loci expositis, nunc rem in pau-
31 ca colligemus. † Summa igitur hæc sit superioris disputationis: Cum de æstimatione rei petitæ agitur, quæriturque in universum cujus temporis æstimatio facienda sit: interest, utrum res certa debita fuerit, ut Stichus, an incerta, ut vinum ex mutuo. Res certa si post moram debitoris periit, aut deterior facta est: quandocunque petita erit judicio, tanti reum condemnari oportet, quanti unquam plurimi res fuit, quocunque tempore id acciderit, sive ante, sive post judicium susceptum. *L.* 3. *infr. de cond. trit.* Cum enim perseveret res certa omnibus temporibus esse eadem, quæ fuit, cum in obligationem deducta est: non potest, quin ut ab initio deberi cœpit, sic omnibus quoque temporibus debeatur, et quidem singulis talis, qualis, tunc est: eam obligationem mora deinceps perpetuam facit. *L. nemo rem*, §. *ult. L. si servum*, §. *sequitur*, *infr. de ver. ob.* Quod si vinum debebitur, res nimirum incerta: cum hic nusquam sit, quod debetur, eoque nullius certi temporis vinum debeatur, ne ullius quidem temporis æstimatio facienda est, quam præstari oporteat: præterquam si quod tempus certum fecerit conventio contrahentium, ad quod mutuo consensu vini præstatio referretur. Hæc tempora duo sunt: dies solutioni dictus, et secundum hunc, tempus litis contestatæ. In die constituto aperta conventio est. In tempore litis contestatæ tacita, per quam tale quidque in judicium deduci intelligitur, quale est cum petitur. *L.* 2. *supr. de usur.* Eo fit, ut hic placeat non alia spectari. Quoniam autem utrumque simul spectari non potest, si quæratur, utrum sit spectandum potius: res est in tempore litis contestatæ expedita, si nullus dies solutioni constitutus est: tum enim tempus litis contestatæ est unum, ut alterum requirere ineptum sit. Quod si dies dictus erit, quo vinum redderetur, ut vino petito duo hæc tempora concurrant: erit interdum, cum diem constitutum spectemus; interdum cum spectemus tempus litis contestatæ. In quo hæc definitio tenenda est ex *L.* 3. §. *ult. infr. de act. em.* Ut si per debitorem mora fuerit, quominus sua die vinum solveret, condemnari debeat, utro ex his duobus temporibus pluris vinum fuerit; sin mora fuerit per creditorem, quominus acciperet, condemnatio facienda sit, utro tempore vinum fuerit minoris. Ita utrobique spectandum tempus litis contestatæ, si vel illic eo tempore vinum pluris fuerit; vel hic minoris. Quibus casibus quod contemnitur dies constitutus, quam id non adversetur huic loco, paulo ante satis ostendimus. Hæc omnia ita, nisi alio tempore quam die constituto debitor vinum obtulit creditori, quod ille sine justa caussa accipere recusavit, et postea vini æstimatio aucta est: non enim debet creditoris factum debitori nocere: quapropter non pluris damnandus est debitor, quam tum fuit vinum, cum oblatum est. Si non res aliqua, sed ejus rei æstimatio ab initio in obligationem deducta sit: nihil ad rem pertinet, quæ sit sequentibus temporibus ejusdem rei æstimatio: mora ab alterutro ex contrahentibus facta sit, an non sit, et a quo. Non enim hic res ipsa debetur, ut propter eam quærendum sit de ejus æstimatione; sed sola æstimatio ejus temporis, quo contractum est, aut si cujus alterius temporis æstimatio nominatim designata sit in contrahendo. Quia hæc debetur, nec postea perit, semper præstanda est, etiam si res cujus æstimatio est, postea deterior fa-

cta sit, atque adeo perierit: et quia debetur sola, etiam solam præstari oportet, nec re postea meliore facta augebitur. *L. fundum*, *infr. de novat.*

32 INTERROGATUS, CUJUS LOCI PRETIUM SEQUI OPORTEAT) † Ut cum vinum, oleum, frumentum, et similes merces judicio petitæ æstimandæ sunt, magni interest, cujus temporis æstimatio fiat, cum illa temporibus varie mutetur, eoque et de eo quæritur, ut supra: Ita et in locis maxime, cujus loci æstimationem sequamur: cum hic præcipue illa varietas pretiorum exsistat, de qua scribit Cajus in *L. ideo*, *infr. de eo quod cer. loc.* Ideo et de loco, quem hic spectemus, eadem dubitatio est, de qua etiam hic subjicitur: ubi in summa de loco eadem distinctio servatur, quæ supra in tempore tradita est. *Si convenisset*, inquit Julianus, *ut certo loco redderetur*, æstimandum, *quanti eo loco esset.* Atqui et alio quovis loco idoneo vinum peti potest. *L. 1. infr. de eo quod cer. loc. L. eum qui insulam*, *supr. de jud.* Quid ergo, si petitum sit? Hoc sentit, non esse æstimandum; quanti sit eo loco, quo agitur, sed quo reddi debuit: nempe propter conventionem, qua contrahentes de ejus loci utilitate sibi caverunt. Hæc neque debitori, si forte vinum eo loco minoris sit, neque creditori; si forte eo loco sit pluris, adimi debet. *§. loco*, *Inst. de act.* Sed et hoc ex *d. L. 3. §. ult. infr. de act. em.* sic accipiendum est: Si eo loco a neutro ex contrahentibus mora facta sit: quod ita fit, si aut neuter eo venit, aut venit quidem uterque; sed ut debitor non obtulit, ita creditor non petiit; aut etiam ultro diem solvendi debitori prorogavit. Quod si ab alterutro mora facta erit: ut prius in die, sic in loco constituto sequemur hanc distinctionem: ut si quidem mora in debitore fuit, quia creditor cum eo venisset, neminem offendit, a quo peteret, idque testatione complexus est, juxta *L. sed etsi*, *in fin. infr. de usur. L. 2. infr. de naut. fœ.* aut venit debitor, et interpellatus eo loco non dedit: tunc æstimetur vinum, utro loco pluris fuerit, vel quo dari debuit, vel quo agitur. Sin contra per creditorem mora facta est, quia debitor loco constituto vinum obtulit, quod creditor sine caussa accipere recusavit, aut cum quæreret cui offerret, et vinum haberet paratum, neminem habuit, cui offerret: tum æstimetur vinum, quod creditori noceat, utro loco minoris sit: nam hæc distinctio in *d. L. 3.* diserte scripta est. Secundum quam sæpe evenire potest, ut contempto loco constituto spectetur ejus loci æstimatio, ubi agitur: priore quidem casu, si vinum pluris est, quo loco agitur: posteriore, si minoris. Itaque quod ibidem scribitur in extremo, non oportere ejus loci pretia spectari, in quo agitur, sed ejus ubi vina tradi oportet, sic accipiendum est: quasi dictum esset non oportere præcise et absolute, seu non tantum, ut Accursius ex præcedentibus bene interpretatur. Cur autem his casibus locus constitutus condemnatur adversus moratorem, eadem ratio est, quæ facit, ut ei dies constitutus ad æstimationem ejus spectandam non prosit: hæc quæ sit, suo loco ostendi. Hæc de loco solutioni constituto. *Quod si*, inquit Julianus, *dictum non esset*, *ut certo loco vinum redderetur*: *pretium sequi oportet*, *quod sit*, *ubi esset petitum.* Ne quis hoc otiose caveri existimet, quasi nullum sit aliud tempus, de quo juste possit dubitari, an sit spectandum, ubi non convenit, ut vinum certo loco daretur. Nam et nullo constituto loco ad solvendum, tamen duo sunt loca, ubi quis conveniri ex contractu possit, et ubi se defendere debeat: vel ubi domicilium habet, vel ubi contractum est. *L. heres*, *§. 1. et §. proinde*, *supr. de jud.* Finge creditorem egisse, ubi contractum erat; et tempore litis contestatæ (cujus temporis æstimationem sumendam supra dictum est) vinum pluris fuisse aut minoris in eo loco, in quo debitor domicilium habuit; non immerito dubites, utrius loci potius æstimationem sequamur, cum pariter utroque et solvi vinum et peti potuerit. Et placet ejus æstimationem spectari debere, quo actum est. Merito: quoniam creditor hunc eligendo, ejus quoque utilitatem secutus est, et in judicium deduxit: in quam et reus se obligavit judicium accipiendo: judicio enim contrahitur *L. 3. §. idem scribit*, *infr. de pecul.* Quid, si debitor eo loco, in quo domicilium habet, prius interpellatus, ut vinum solveret, moram fecit, et vinum eo loco pluris est? Non ideo ejus loci æstimationem spectabimus, sed ejus ubi agitur. Ut enim cum debitor ante litem contestatam interpellatus non solvit, non ideo ejus temporis æstimationem spectamus, quia ejus temporibus vinum non debuit, et mora obligationem non auget: sic etsi alio loco interpellatus, ut daret, quam quo actum est, non dedit, non ideo sequemur æstimationem ejus loci, quia nec ejus loci, vinum debuit, nec mora augere potuit obligationem: quod non item de loco, ubi a-

ctum

ctum est, dici potest, cum in eum a litigatoribus consensum sit. Quid si e converso debitor creditori vinum obtulit eo loco, ubi domicilium habet, et in eo accipiendo creditor moram fecit? Quod in tempore respondimus, hoc idem dicemus in loco: ubi vinum oblatum sit, ejus quoque loci æstimationem sequendam, si ibi vinum tunc minoris fuerit: iniquum enim esse pluris teneri debitorem, qui non teneretur, si creditor oblatum accepisset: denique pro soluto haberi oportere, in quo creditor accipiendo moram fecit. *L. qui decem*, *infr. de sol.* Cur autem huic sententiæ non putemus hunc locum adversari, tametsi in eo de æstimatione ejus loci quo agitur, spectanda absolute scriptum est, supra in temporis æstimatione diximus.

Africanus lib. 2. Quæstionum.

Ad L. Si eum servum. 23.

Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim, et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere, Julianus ait quasi ex re tua locupletior factus sim.

S U M M A R I A.

1. *Quæstio hujus loci, et dubitationis caussa de condictione, quam non videatur in proposito esse posse.*
2. *Qui rem alienam pro sua vendidit bona fide, tenetur de pretio actione negotiorum gestorum.*
3. *Hinc esse certi condictionem; condictionem autem sine caussa esse non posse.*
4. *De pretio rei meæ ab alio venditæ quibus conditionibus mihi detur actio adversus eum, qui vendidit.*
5. *L.* 3. C. de rei vindicatione, *explicatur.*
6. *Ratihabitionem domini ad hanc actionem non esse necessariam.*
7. *Casus, ubi dominus rei ab alio venditæ possit rem suam vindicare ab emptore, et partium consequi a venditore.*
8. *Nec malæ fidei venditorem teneri de pretio rei alienæ venditæ, nisi iisdem conditionibus, quibus bonæ fidei venditor.*
9. *Venditores rei alienæ plures si erunt, qui teneantur de pretio quod acceperunt.*

Ad condictionem certi instituendam, de qua hoc titulo agitur, necessaria est cognitio earum caussarum, ex quibus jure obligatio oritur. Dicitur enim hæc condictio competere ex omni caussa, sed ea, ex qua certum jure petitur: ut prius caussam jure subesse oporteat, ex qua quid jure peti possit. Hæ caussæ magna ex parte in jure notæ sunt: traduntur enim earum genera quatuor, contractus, quasi contractus maleficium, et quasi maleficium, ac cuique generi suæ species certæ subjiciuntur. §. *ult. Inst. de obl. et seqq. titulis.* Inde igitur earum cognitio huc afferri debet. De duabus caussis præcipue dubitatum est in hac parte a veteribus, quæ ideo per occasionem ejus condictionis huic titulo infertæ videntur. Una est, cum res mea ad alium ita pervenit sine caussa, ut pervenerit et sine maleficio, et sine ullo meo consensu: de qua in *L. si et me*, 32. *infr. eod.* Altera, cum extrinsecus ex re mea quis locupletior factus est: quod contingere potest dupliciter: Vel dum is qui rem meam possidet, eam vendit pro sua, et pretium accipit: vel dum servum meum quis possidens ex peculio ejus aliquid acquirit. De hac posteriore specie agitur in *L. cum fundus*, 31. §. 1. *infr. eod.* De illa priore est hoc responsum Africani. 1
† Qui rem alienam bona fide possidebat, eam vendidit, et pretium consecutus est. Quin de re ipsa non teneatur domino, non dubitatur. Non enim tenetur actione in personam, qui de ea re nunquam domino fuit obligatus. §. 1. *Inst. de act.* nec potest res ab eo vindicari, qui eam nec possidet, nec dolo possidere desiit. *L. qui petitorio*, *supr. de rei vind.* An de pretio saltem teneatur, quæsitum est. Hic scriptum est, posse dominum pretium ei condicere, non simpliciter, sed sub conditione, cum res vendita exstincta fuerit: et addita est ratio, quasi ex re aliena venditor locupletior factus sit. De conditione, sub qua placet hanc condictionem dari, videbimus postea. Ante constituendum est, an esse possit in hac specie ulla condictio de pretio adversus

sus venditorem, et an sufficiat, quod ait Africanus, venditorem ex re domini locupletiorem esse factum, ut teneatur. De quo non immerito quæritur. Nam si condictio est actio in personam, ut est §. *appellamus*, *Inst. de act. L. actionum*, *infr. de obl. et act.* non est hic condictio de pretio, nisi adversus eum, qui domino eo nomine obligatus est. *d.* §. 1. *Inst. de act.* Nec vero obligatur quisquam, nisi certis et notis illis ex caussis quatuor a jure receptis, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio: §. *ult. Inst. de obl.* eoque nec in alium, quam qui ex una aliqua harum caussarum tenetur, condictio est. *d.* §. 1. *de act.* At videamus, ne hic nulla sit ex superioribus, ex qua dici possit possessor qui rem bona fide vendidit, de pretio teneri. Nihil eum delinquere, aut quasi delinquere certum est, qui rem bona fide possidet, et quia suam putat, pro sua utitur vendendo: pretium autem ab eo, qui pecuniæ dominus est, accipit. Multo minus rem alii vendendo cum domino contrahere intelligitur is, qui cum domino nullum negotium gerit, nihil paciscitur, ac de eo ne suspicatur quidem. Quasi contractus, si quis hic accipiatur, non video, quis alius possit intelligi, quam quod negotium domini in re ejus vendenda, gestum est. At hanc caussam condictionis in hac specie atque hoc responso vulgo interpretes maxima ex parte cum Bartolo repudiant: idque auctore Africano facere videntur, qui ex Juliano aliam hujus condictionis caussam reddit. Quæ igitur esse hic potest condictio de pretio adversus venditorem, ubi omnem obligationis et condictionis caussam sustuleris? Fatentur vulgo nullam hic esse condictionem summo jure, sublatis nimirum caussis illis superioribus: sed dicunt esse ex æquo et bono, quia venditor ex re aliena locupletior factus sit, ut Africanus ait: eamque æquitatis rationem unam esse hujus condictionis caussam probari volunt ex *L. si et me et Titium*, *infr. eod.* ubi scriptum est, cum pecunia mea facto meo ad te pervenit sine caussa, etsi pervenit sine contractu meo, tamen eam mihi a te reddi bonum et æquum esse. Sed videndum est, ne ex hoc responso incidamus in aliud incommodum, quod sit gravius; ut fateamur plures esse caussas, ex quibus obligatio et condictio oritur, quam illas quatuor, quas supra posuimus, quæque jure civili solæ agnoscuntur: quod si facimus, convellemus principia juris de obligationibus, idest, divisionem obligationum notam, quæ traditur in *d.* §. *ult. Inst. de obl.* Deinde non est satis dicere æquum esse unumquemque teneri qui ex re aliena locupletior factus est: sed amplius quærendum est, cur sit æquum, et si negetur esse, probandum: cum sine certa ratione non sit æquum. Non videtur autem id aliter ostendi posse, quam si hæc species ad unam aliquam ex iis caussis referatur, ex quibus obligatio nasci dicitur: et omnino si consentanea principiis juris dicere volumus, ita facere debemus. Et cur hic laboramus, cum Africanus ipse rem expediat, et ad easdem illas caussas, quæ jure cognitæ sunt, hujus condictionis caussam aperte revocet? † 2
Is in *L. ult. supr. de neg. gest.* in hac ipsa specie nominatim negotiorum gestorum actionem, quæ ex quasi contractu noto nascitur, domino dat adversus venditorem hujus ipsius pretii nomine de quo quærimus, et eadem omnino conditione. Scio Bartolo et aliis quibusdam, dum eum locum oscitanter legunt, aut verius dum eum magis ex Accursii glossa quæ hoc loco est, accipiunt, quam legunt, aliter videri. Sed consulatur locus, et cum hac conferatur: tum an non utriusque loci eadem species sit, intelligetur. Hoc loco proponitur possessor servum alienum bona fide et ex caussa lucrativa, puta legatum possedisse, et vendidisse: Datur domino actio de pretio, cum servus venditus mortuus fuerit. Quid in *L. ult.* de negotiis gestis? Proponitur possessor non quidem servum alienum: sed quod idem valet, rem alienam bona fide, et ex caussa item non onerosa possedisse, et vendidisse. Datur itidem domino actio de pretio eadem illa conditione, non si res mortua fuerit, sed quod idem est, si in rerum natura esse desierit. An dubium est igitur eandem speciem facti, et eandem conditionem actionis dandæ illa *L.* contineri? Et tamen in hac ipsa specie, hac ipsa conditione idem auctor Africanus scribit, de pretio negotiorum gestorum actionem domino dandam. Quapropter nisi ille a se ipso dissenserit, eandem hic specialem actionem, certe eandem condictionis caussam intelligere debemus. Nec quisquam dixerit, quod Africanus ait negotiorum gestorum actionem domino dari adversus venditorem, sic accipiendum esse: si dominus venditionem ratam habuerit. Nulla enim ejusmodi conditio adjicitur in *d. L. ult.* non magis quam hoc loco, tantumque utrobique actio datur de pretio sub conditione, si res vendita in rerum natura esse desierit. Quin etiam hac con-

conditione posteriore adjecta, manifestum est Africanum priorem illam repudiasse. Nam si dominus venditionem ratam haberet, esset illi statim negotiorum gestorum actio de pretio quamvis re adhuc exstante: ut non esset expectandum, donec res vendita exstincta esset. *L. 3. C. de rei vind.* Et cur in hac specie domino rei non sit negotiorum gestorum actio, si in re vendenda negotium ejus gestum est? Est autem negotium ejus hoc ipso, quod res ejus est, in qua negotium emptionis gestum est, propter quod et pretium est acceptum. Existimavit quidem venditor se suam rem vendere, eoque opinione sua atque animo negotium suum gessit: sed re vera ut aliena res, ita et alienum negotium fuit, quod in ea gestum est. Hanc veritatem gerentis opinio non mutat: ideo et hanc ipsam veritatem sequimur, contempta ejus opinione, ut fit et in aliis caussis similibus. *d. L. ult. in fi. L. si pupilli, §. sed etsi hominis, supr. de neg. gest.* Cur ergo si re aliena vendita statim negotium domini gestum est, non et statim agi potest adversus venditorem negotiorum gestorum; sed expectamus, donec res in rerum natura esse desierit? Quia ut competat negotiorum gestorum actio, non est satis negotium ejus qui agit, gestum esse, sed ad eum cum quo agitur, in quo nulla culpa sit, etiam aliquid ex eo negotio pervenerit, oportet, ut sit quod inde domino restituere debeat. *L. 2. supr. de neg. gest.* Ideo hic exigitur, ut venditor ex ea venditione locupletior factus sit, ut sic ad eum pervenerit, quod restitueret. At enim hoc loco Africanus non negotiorum gestorum actione pretium peti posse dicit, sed *condici*. Non ideo negotiorum gestorum actionem in hac caussa competere negat: nam et cum actione speciali negotiorum gestorum certi condictio concurrit, ut liceat utra libet, experiri. *L. in duobus, §. exceptio, infr. de jur.* At dicit pretium *condici*, nominatim addita ratione et caussa agendi: quæ hæc est: non quia negotium domini gestum sit, sed quia venditor ex re aliena locupletior factus sit. Sed et hæc ratio maxime eo spectat, ut in proposito actionem ob negotium domini gestum competere confirmet: non enim competeret aliter negotiorum gestorum actio, quam si is cum quo agitur, factus esset locupletior, ut ante dixi. Quid sibi vult igitur, quod in *L. 3. C. de rei vind.* cum in hac specie datur actio negotiorum gestorum de pretio adversus venditorem, ita datur: si dominus venditionem ratam habuerit? Species illic proposita hanc conditionem exigebat. Ibi enim de re vendita exstante agebatur: quod cum fit, necessarius est domini consensus, ut venditor fiat locupletior, atque ita locum habeat negotiorum gestorum actio. Re autem exstincta, de qua hic agitur, statim venditor locupletior efficitur: ut supervacua sit ad eam rem ulla domini ratihabitio, de qua postea. Effectum est igitur, cum possessor rem alienam quam suam putabat, vendidit, recte et principiis juris convenienter in eum domino rei de pretio condictionem dari: postquam datur adversus eum qui obligatus est: et obligatio ex caussa jure civili cognita, nempe ex negotio gesto. † Sed 3
tantum ait Africanus posse dominum pretium condicere: nec de genere condictionis exprimit. Unde quæritur, quam hic condictionem intelligere debeamus. Et si hic ea caussa est, ex qua sit actio negotiorum gestorum de pretio, ut ostendimus: idest, ex qua jure propria actione quid peti potest, et quod petitur, certum est: dicendum est eo nomine esse certi condictionem, ut quæ competat ex omni caussa et omni obligatione, ex qua certum petitur. *L. certi, supr. eod.* Sed et hanc ex caussa negotiorum gestorum competere nominatim scriptum est in *L. in duobus, §. exceptio, infr. de jur.* Hanc igitur intelligimus: præsertim cum ita fieri huic titulo conveniat, in quo sola certi condictio et proponitur, et explicatur. Quid, si aliam hic intelligere non possumus? Nam quod quidam cum Bartolo in hac specie dant condictionem sine caussa, defendi non potest; etiam si concederemus nullum hic domini negotium a venditore gestum esse. Quomodo enim pretium sine caussa apud eum, qui id ex caussa venditionis recte et bona fide contractæ accepit, et accepit ab eo, qui ut pecuniæ dominus erat, ita et dominium in accipientem transferre voluit? Non accepit hic quidem pretii habendi caussam ab eo emptore, qui dominus rei fuerit, utpote in quem dominium ab eo qui dominus non erat, transferri non potuerit. Sed non eo minus pretium habet ex justa caussa, qui id habet ex caussa justæ venditionis: nam et qui dominus non est, rem alienam potest vendere, ut emptio sit et venditio. *L. rem alienam, infr. de contr. empt.* Video, quid a veteribus traditum sit, et ut verissimum; ita et de condictione sine caussa accipiendum esse fateor, id quod ex injusta caussa apud aliquem sit, posse condici *L. perpetuo, infr. de cond. ob turp.* cau-

cau. L. 1. infr. de cond. sine caus. Sed quid ad rem pertinet, si pretium id de quo agitur, est apud venditorem ex caussa omnium justissima, nempe venditionis? Sed et illud quid ad rem, quod afferunt ex *L. si et me*, infr. eod. *cum pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et æquum esse*? Non enim hic agitur de pretio, seu pecunia; quæ fuerit unquam ejus, qui eam condicit; sed quæ profecta sit ab extraneo emptore, cujus et pecunia fuerat: ut si ea condicenti reddenda est, non possit tamen dici ideo illi reddi, quia pecunia ejus ad eum, cui condicitur, pervenerit. Hac condictione hic remota, manet altera quæ et rei, et huic titulo conveniat, nimirum certi condictio, quam supra posuimus; ut minus jam dubii sit, quin eam hic accipere et solam de-
4 beamus. † Condictionem hic esse, et quæ sit, tenemus. Qua conditione detur, videndum est. Et diversis in locis varias conditiones adjici legimus: Alias si res vendita in rebus humanis esse desierit, ut hic; alias si usucapta sit, ut *L. 1. C. de reb. al. non al.* alias si dominus postea de venditione consenserit, ut *L. 3. C. de rei vind.* Sed una generalis conditio est, ad quam superiores non tantum referendæ, sed etiam exigendæ sunt, quæ et hic in extremo traditur: si venditor ex pretio locupletior factus sit. Ut quamvis hic condictio detur, servo vendito mortuo; non tamen hæc ratio sit dandi, quia servus sit mortuus; sed quia eo mortuo venditor incipiat fieri locupletior. Et recte hac conditione solum datur actio negotiorum gestorum, et propter hanc actionem condictio. Nam si venditor locupletior est, habet, quod ex negotio gesto restituat. Si non est: nihil ad rem pertinet dici negotium ab eo gestum esse, si inde nihil est consecutus, ut negotiorum gestorum actione teneatur. *d. L. 2. supr. de neg. gest.* Atque hac actione sublata nec condictioni certi locus esse potest, ut quæ præcedentem aliquam obligationis caussam desideret: nam hic condictionem sine caussa locum habere non posse supra satis ostendimus. Et generaliter ita definiemus: Quisquis rem alienam suo nomine vendit, is de pretio quod ex ea venditione consecutus est, non aliter domino tenetur, quam si inde locupletior factus sit, sive bona fide rem possederit, sive mala fide. Sic autem locupletior factus videbitur, si duo hæc concurrent: ut et ante ex caussa lucrativa rem possederit, et pretium consecutus ita id habeat, ut ei auferri non possit. Primum exigimus, ut qui rem alienam possidebat, et vendidit, eam ex caussa lucrativa possederit. Huc referri debet, quod hic proponitur is venditor, qui servum alienum, quem vendidit, possidebat tanquam sibi legatum: et in *L. ult. supr. de neg. gest.* venditor is, qui possidebat rem, quam ex peculio servi sui se habere putabat. Dici quidem potest hæc proposita esse exempli caussa, ut nihilominus idem juris foret, etsi venditor rem alienam prius emisset. *L. 1. §. quod vulgo, infr. de vi et vi ar.* Sed consulto, non temere esse posita, quo alii venditores excludantur, ratio hoc loco subjecta liquido ostendit: nam hac cessante non potest responso esse locus. *L. quod dictum, supr. de pact.* Sic de pretio condictio hic datur adversus venditorem, si is sit locupletior. Non est locupletior, qui rem vendidit, et pretium accepit, si tanti prius emerat: quoniam nec rem prius habuisse videtur is, cui pretium abest. *L. Labeo et Sabinus, infr de verb. sig.* Nihil quidem adjicitur in *L. 3. C. de rei vind.* de cassa, ex qua venditor rem alienam possedit, quem tamen de pretio conveniri posse illic scriptum est. Sed nec etiam proponitur is, qui rem ex aliqua caussa possideret. Unde conjectura capi potest de eo illic agi qui rem alienam nulla ex caussa possidens eam vendidit, ut postea de ea re cum domino ipso transigeret. Quod et exempla matris et mariti qui rem vendiderunt, illic posita satis indicant. Ideo enim matris persona addita est, ut ostenderetur illam magis jure conjunctionis et matris sibi hoc sumpsisse, ut rem filii aut filiæ venderet, quam quod suo aliquo proprio jure in ea re duceretur. Similiter et mariti persona quæsita, ut declararetur magis pro potestate mariti id eum fecisse, quam quod res ad illum ex aliqua caussa pertineret. Videbitur alicui obstare *L. Julianus, supr. de rei vind.* Illic enim proponitur is servi alieni venditor, qui eum prius emerat: et tamen respondetur, si eum tum vendiderit, cum dominus ab illo eum petere cœpisset, et tempore eum occiderit: æquum esse venditorem pretium domino præstare. Sed pretium hic intelligendum est verum pretium servi, seu æstimatio; non pretium, quanti venditus a possessore fuerat. Agitur enim de vindicatione, et hoc vult intelligi Ulpianus: si servus petitus occisus sit, quamvis hoc sine culpa et dolo malo ejus, a quo petitus est, contingat, tamen eum teneri, si servum vendidit, et servus ab emptore occisus est: quia hoc ipsum culpa sit, quod vendiderit, et

fa-

factum emptoris præstare debeat. *L. si servum, in pr. et vers. idemque fiet, infr. de verb. obl.* Sic autem venditorem teneri vult, ut quoniam servum jam restituere non potest, pretium præstet, idest, servi æstimationem: ut prius in *L. item si verberatum, §. ultim. eod. tit.* locutus erat his verbis: *Si servus petitus vel aliud animal demortuum sit sine ullo dolo malo et culpa possessoris: verius est, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo pretium debere præstari*: ubi veram æstimationem servi ab illo dici omnes intelligunt. Ac pretium, quod ex venditione venditor consecutus est, non debere accipi in *d. L. Julianus*, ex eo manifestum est, quod cum de petito, idest, vindicato servo agat Ulpianus, et dicat pretium ab eo, cum quo agitur, esse restituendum: non possit hæc restitutio fieri nisi eo judicio, quod institutum est, idest, vindicatione: non præstatur autem a venditore rei alienæ id pretium, quod ex venditione accepit, nisi condictione, ut hic locus ostendit, idest, in personam actione. Non satis est eum qui rem alienam vendidit, rem possedisse ex caussa lucrativa, et pretium accepisse, ut videatur inde factus locupletior. Hoc amplius sic eum pretium accepisse oportet, ut certum sit esse mansurum, quia non possit ei auferri. Neque enim videtur quisquam id capere, quod ei necesse est alii restituere. *L. aliud est capere, infr. de ver. sig. L. non videtur quisquam, infr. de reg. jur.* Tunc autem certum esse incipit pretium apud venditorem mansurum esse, cum certum fit emptorem ob evictionem adversus venditoren regressum habere non posse. Id dupliciter contingit: Vel quod dominus rei venditæ proprietatem amisit, ut jam eam rem vindicare non possit, et emptori auferre: vel quod quamvis re evicta actio ob evictionem emptori non datur. Ut dominus rei venditæ proprietatem amittat, nec possit eam vindicare ab emptore, tribus modis accidit: Aut enim res in rerum natura esse desinit apud eum emptorem, qui bona fide possidebat: aut res ab emptore usu capitur: aut dominus rei suæ venditioni postea consentit. Re perempta non tenetur vindicatione emptor bonæ fidei: quia nec jam possidet, nec dolo desiit possidere. *L. qui petitorio, supr. de rei vind.* Qui usucepit, tantum abest, ut adversus eum ulla sit vindicatio, ut ei contra vindicatio detur, cum dominus esse cœperit. *L. in rem, supr. de rei vind.* Domino autem venditioni consentiente, eadem opera et qui dominus fuerat, dominus esse desinit, et dominium transfert in emptorem. *L. qua ratione, §. hæc quoque*, illic, *nihil autem interest*, et §. interdum. *infr. de acq. rer. dom.* Hinc totidem casibus receptum est, ut qui dominus rei fuerat, pretium condicere possit venditori: quasi qui locupletior factus sit. Si res vendita in rebus humanis esse desierit, de pretio condictionem esse hic scriptum est, et in *d. L. ult. sup. de neg. gest.* An quod hic quidquam interitus proprium est? Imo ideo, quia hoc casu pretium apud venditorem mansurum est, atque hoc modo is fit locupletior, quod quærimus. Sed ut hoc contingat, eum emptorem esse volumus, qui bona fide possederit. Quod si emptor servum emptum postea servum alienum esse cognovit, sic deinde servus mortuus est: nihilominus et hic rei vindicatione domino tenetur, qua res ei evinci potest. *L. sin autem, §. si homo, supr. de rei vind. L. item veniunt, §. petitam, supr. de pet. her.* Quæ res facit, ut nec venditor videri possit ex pretio locupletior factus, cum id re evicta emptori restituere debeat. Quod si locupletior non est, nec potest ei pretium condici ex hoc loco. Nec obstat, quod in principio generaliter dicitur pretium condici posse, servo mortuo, seu re vendita perempta. Non enim videtur periisse res, quæ jure perinde habetur, quasi exstaret. *L. nemo rem, §. 1. infr. de ver. obl.* semper autem pro possessore dolus est. *L. qui dolo, L. parem, infr. de reg. jur.* Atque hic dolus est, in eo, quisquis rem quam possidet, alienam esse cognovit. *d. L. item veniunt, §. petitam, supr. de pet. her.* Quod re vendita perempta de pretii condictione placuit, idem et re ab emptore usucapta traditum legimus in *L. 1. C. de reb. al. non alio.* Non dubium, quin eadem ratione: quia et hic non possit jam prior dominus rem evincere emptori, ut nulla evictione proposita, necesse sit pretium apud venditorem manere, quod ei nemo auferat. 5
† Idem receptum in *L. 3. C. de rei vind.* re vendita exstante nec ab emptore usucapta, si dominus de venditione rei suæ consenserit. Hac ipsa ratione addita, quod dominus hoc modo amiserit rei suæ proprietatem. Ex quo intelligitur simul evenire, ut et venditor ex pretio fiat locupletior: id quod volumus. At enim hoc casu, dicet aliquis, non potuit dominus venditionem ratam habere, quæ ejus nomine contracta non est, ut efficiatur ejus negotium, quod ejus nomine gestum non fuit. *L. si pupilli.*

li, §. *sed si ego*, *supr. de neg. gest.* Hoc nihil certius. Neque nunc id agitur, ut domini ratihabitione ea venditio confirmetur: quod si fieret, frustra fieret, sive res adhuc exstaret, sive esset perempta, aut usucapta. Primum quia venditi satis ipsa per se valuit, ut non fuerit opus ad eam confirmandam domini ratihabitione: nam et rei alienæ venditio consistit. *L. rem alienam*, *infr. de contr. empt.* Deinde quia si venditio non valuisset ab initio, tractu temporis confirmari non posset. *L. quod initio*, *infr. de reg. jur.* Quid ergo quæritur hoc domini consensu? Nihil aliud, quam ut dominus rei venditæ patiatur eam rem manere penes emptorem, seu ut dominium in eum transferat. Hoc vero ille efficere potest, non aliqua prioris actus confirmatione, sed sola in futurum collata voluntate, quam tum declarat, cum dicit se de venditione consentire, ut supra ostendi. Neque tamen quisquam cum Bartolo existimaverit ex hoc facto nasci domino illam negotiorum gestorum actionem, quæ illi dari dicitur in *d. L.* 3. *C. de rei vind.* Nam isto modo daretur illi hæc actio, quia ipse venditoris negotium gessisset: quod secus est. Ideo enim adversus venditorem hanc actionem habet, quia venditor ejus negotium gessit, ut est in *d. L. ult. supr. de neg. gest.* Cur ergo, si venditor vendendo domini negotium gessit, expectatur hic domini consensus, ut possit negotiorum gestorum actionem exercere? Jam dixi, etsi venditor rem alienam vendendo gessit jam ab initio negotium domini: non tamen id satis esse, ut domino teneatur negotiorum gestorum, nisi ex eo negotio factus sit locupletior. Ita hoc superest, ut locupletior fiat: quod accidit proprietate rei vel superiore consensu, vel alio modo amissa. Unde et negotiorum gestorum illi constituitur actio: non tamen nata ex hoc consensu, etsi non nascitur nisi post hunc consensum, quasi post eum exstiterit con-
6 ditio, ex qua actio pendebat. † Cum autem in his caussis, quæ supra scriptæ sunt, obligationis et condictionis de pretio adversus venditorem constituendæ ratio hæc sit: si venditor locupletior factus sit: in singulis autem proprietate rei domino amissa pariter venditor fiat locupletior: apparet valde errare eos, qui ut in his re vendita vel perempta vel usucapta competat actio negotiorum gestorum aut condictio, hoc exigunt, ut dominus in subsidium venditionem ratam habeat. Si re perempta aut usucapta venditor locupletior factus est, nihil requiremus amplius ex hoc loco, et *d. L. ult. supr. de neg. gest.* Sed et in *L.* 3. *C. de rei vind.* diserte scriptum est, *quocunque modo dominus proprietatem rei venditæ amiserit, habere eum hoc ipso negotiorum gestorum actionem.* Si hæc proprietate rei amissa domino contingunt non propter hanc amissionem, aut quia domino aliter consuli non possit; sed quia fit hoc modo, ut domino rem suam non evincente pretium apud venditorem maneat, qua ex re ille fiat locupletior: probandum est, etsi alias domino rem evincente pretium apud venditorem maneat: tamen similiter et hic domino condictionem de pretio dandam adversus venditorem. Sic autem manebit, si hoc casu re evicta cessat actio de evictione: quod tunc accidit, cum emptor rem alienam sciens emit. *L. si fundum*, *C. de evict.* † 7
Ergo utrumque dominus consequi poterit, et rem ab emptore eam vindicando, et pretium a venditore, condicendo? Puto posse. Finge enim dominum in rem agendo prius ab emptore rem suam esse consecutum. Nihil prohibet, quominus postea pretium venditori condicat. Nam hic negotium domini gessit, et ex pretio locupletior est: ut necesse sit et hunc eo nomine negotiorum gestorum actione domino teneri. Dici quidem potest non esse æquum dominum rem suam habere, et rei pretium. *L. si et rem supr. de her. pet.* sed hoc tunc locum habet, cum pretium rei propter rem petitur: quod fit, cum res petitur; et quia non restituitur, petitur æstimatio. *d. L. si et rem. L. nec ullam*, §. *pen. supr. de her. pet.* At hic pretium rei venditori condicitur, non propter rem, quam is debeat restituere; sed quia prius ejus rei pretium consecutus sit vendendo, idest, negotium domini gerendo: quo nomine propria actione negotiorum gestorum obligatur, ut id restituat. Ab ea obligatione non potuit eum liberare emptor rem petitam restituendo: quia in eo nec solvit, quod venditor debebat, nec solvit ejus nomine. arg. in *L. qui servum*, *supr. de inter. L. si quid possessor*, *supr. de her. pet.* Nec ulla hic fit injuria sive emptori, sive venditori: non emptori, cum res ejus non fuerit: non venditori, ut qui pretium consecutus sit ex re aliena: quod plane æquius est eum habere, cujus res fuit, quam eum cujus res non fuit: cum præsertim hic venditor de lucro certet, non de damno. Finge e converso dominum prius condicere pretium venditori: quid dici potest, cur non possit postea rem suam ab emptore vindicare? neque enim prius rei suæ

æsti-

æstimationem consecutus est, sed negotii sui fructum, qui ad venditorem ex ejus administratione pervenerat. Et posse dominum rem suam nihilominus adhuc a possessore vindicare probat *L. Stichum*, §. *dolo*, *infr. de sol. d. L. nec ullam*, §. *pen. in fin. supr. de her. pet.* Nec recte postulabit venditor, ne aliter pretium domino restituere cogatur, quam si dominus venditionem ratam habeat, ne emptor inquietetur: hoc enim venditori caveri nihil ejus interest: quod cum fit, nulla hujusmodi postulatio admittitur. arg. *L. is a quo fundus*, *supr. de pet. her.* Sed quæ de venditore rei alienæ hactenus diximus, de bonæ fidei venditore dicta sunt, et de
8 uno, non de pluribus. † Quid, si is rem alienam vendidit, qui sciebat esse alienam? an ut possit de pretio a domino conveniri, eadem in eo exigemus, quæ in bonæ fidei venditore: ut scilicet prius ex lucrativa caussa possederit, deinde re vendita amiserit dominus rei vindicationem, ut sic nec res nec pretium possit venditori auferri? an vero statim venditor tenebitur propter malam fidem, nec quidquam intererit, locupletior ex pretio factus sit, an non sit? Et cum in hac specie condictio pretii, quæ adversus venditorem datur, non ex mala fide venditoris nascatur, sed ex negotio gesto, *L. ult. supr. de neg. gest.* non sit autem actio ex negotio gesto, nisi de eo quod ad gerentem pervenit: *L.* 2. *supr. de neg. gest.* cum præterea hoc ipso in loco nominatim detur hæc condictio adversus venditorem, quia is ex pretio locupletior factus sit: apparet nihil hic proprium statui venditoris bonæ fidei, potius quam ejus, qui mala fide possidet: sed cuicunque rei alienæ venditori, aut res ipsa aut pretium potest auferri, ut ne sit ex re aliena locupletior, hunc de pretio, quod ex venditione consecutus est, domino non teneri. Is quidem qui ante litem contestatam dolo desiit possidere, qualis est is, qui mala fide possidens rem vendidit, tenetur domino in rem actione, vel ut rem restituat, vel ut pretium etiam quanti in litem juratum est. *L. sin autem*, §. *si homo*, *L. qui petitorio*, *L. qui restituere*, *supr. de rei vind.* quoniam et hic pro possessore habetur. *L. qui dolo*, *infr. de reg. jur.* At de pretio, quod ex venditione percepit, nulla est actio, qua domino rei teneatur, si id ei, aut res ipsa auferri potest: non enim potest id pretium vindicari, quod nunquam domini rei fuit: nec condici ei, qui locupletior ex re aliena factus non est. Nec dicemus re vendita pretium in locum rei successisse ex *L. si a domino*, *alias*, *si possessor*, §. *si prædo. in fi. supr. de her. pet.* hoc enim in rebus hereditariis solum receptum est, quia in his et pretium fit hereditarium. *L. si et rem*, *L. quod si in diem*, §. *sed et is qui*, *supr. de pet. her.* Hæc de uno venditore. † Quid, si plures erunt ejusdem 9
rei alienæ venditores? ut puta, qui primus emerat, eandem rem vendidit alii, deinde hic rursus alii, et tandem res aut periit, aut a postremo emptore usucapta, vel domini consensu in illum translata est: utrum unus tantum ex his venditoribus tenebitur, et quis, an vero omnes? Jam dixi eos venditores de pretio non teneri, qui ex onerosa caussa rem possederunt. Quare si fingas omnes secundos venditores prius emisse, solus tenebitur primus venditor, qui ex lucrativa caussa possidebat. Quod si proponas duos venditores ejusdem rei, quorum uterque ex lucrativa caussa possederit: consequens erit re postea domino amissa utrumque de pretio pariter domino teneri, quia ambo negotium domini gesserint, et sint ambo ex re aliena locupletiores. Finge eum qui ex caussa legati possidebat rem alienam, eam vendidisse: emptorem primum eam donasse Titio: hunc rursum vendidisse alii: sic deinde rem interiisse, aut esse usucaptam, aut dominum de venditione posteriore consensisse. Dicemus et primum venditorem, qui rem ex caussa legati possederit, et Titium venditorem secundum, qui rem possederit ex donationis caussa, ambos a domino de pretio conveniri posse, ut locupletiores, et qui negotium domini gesserint: idque et vulgo placet, ut Bartolus testatur in *L.* 3. *C. de rei vind.*



Ad L. Si quis certum. 24.

Ulpianus lib. singulari Pandectarum.

Si quis certum stipulatus fuerit: ex stipulatu actionem non habet: sed illa condicticia actione id persequi debet, per quam certum petitur.

S U M M A R I A.

1. *Ex stipulatu agere ambiguum.*

2. *Stipulatus, stipulatio.*

Ex stipulatione certa est condicticia actio, idest, condictio: non tamen omnis, sed ea per quam certum petitur: idest, uno verbo, certi condictio. *Inst. de verb. obl. in pr.* Ex eadem stipulatione non est actio ex stipulatu, ut hic scriptum est: quippe quæ solum prodita sit ex stipulatione incerta, ut est in *d. tit. Inst. de verb. ob. in pr.* Sed hoc posterius pugnare videtur cum *L. prædia, infr. de act. em. L. si pacto, C. de pact.* ubi qui pœnam petit stipulatione comprehensam, dicitur eam petere ex stipulatu, et agere ex stipulatu, cum tamen constet pœnæ stipulationem maxime certam esse. *L. si pœnam, inf. de ver. ob. §. ult. Inst. eod.* Sed et Justinianus in *L. unica, §. 1. C. de rei uxo. act.* constituit, ut omnes dotes etiam certæ per
1 actionem ex stipulatu exigantur. † Hæc facile conciliantur cognita horum verborum, *ex stipulatu* ambiguitate. Interdum enim hæc verba nomen actionis exprimunt; interdum significant caussam agendi. Cum his significatur actionis nomen, vere dicitur actionem ex stipulatu non competere ex certa stipulatione, seu ex stipulatione certa ex stipulatu agi non posse: quia hoc nomine actionis in hoc genere contractus non utimur. Ac de nomine actionis hoc loco agi certum est, ubi actio ex stipulatu opponitur certi condictioni, quæ duæ sunt actiones distinctæ: ambæ tamen pariter ex stipulatione, quod et similiter fit *in pr. tit. de verb. obl. Inst.* At cum his verbis, *ex stipulatu* significatur agendi caussa, tum non minus recte dicitur ex stipulatu agi, cum ex stipulatione certa agi-
2 tur, quam cum agitur ex incerta † *Stipulatus* enim verbum stipulationem significat, *L. pecuniæ, in pr. infr. de usur.* ut cruciatus cruciationem, peculatus depeculationem, et similia. Porro sive certa sit stipulatio, sive incerta, quæcunque inde erit actio, semper verum erit eam esse ex stipulatione, idest, ex hoc contractu, atque hac caussa: proinde ex stipulatu, cum hoc verbo naturaliter stipulationem significamus. Jam vero notatur hoc verbo hæc agendi caussa in *d. L. prædia, et L. si pacto*: idque non obscure. Nam in *L. prædia* agitur de eo, qui agere ex stipulatu potest ac pœnam petere, et agere ex vendito in id quod sua interest id factum esse, de quo convenerat: ubi aperte opponitur, non actio actioni, sed caussa caussæ, idest, actio qua ex stipulatione agitur, ei actioni qua agitur ex venditione. In altera autem, idest, in *L. si pacto, C. de pact.* proponitur is, qui pactus erat, ut quid fieret, et nisi fieret, stipulatus erat pœnam. Quæritur, an si placito statum non sit, possit ex stipulatu agere: ubi apparet hoc quæri, an possit agere ex stipulatione. Similiter et quod Justinianus in *d. L. unica, §. 1. de rei ux. act.* vult actione ex stipulatu dotes omnes exigi, sequentia docent hoc eum sentire, ut dotes omnes exigantur tanquam ex stipulatione, seu tanquam si stipulatio intervenisset. Hoc enim ipse sic interpretatur cum ita scribit: *Sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio, sive non fuerit, ut intelligatur reipsa stipulatio esse subsecuta.* Vide quæ scripsi in eandem sententiam ad *L. si pacto, C. de pact.*

Ad L.

Ad L. Creditor. 25.

Idem lib. singulari de officio consularium.

Creditor qui ob restitutionem ædificiorum crediderit, in pecuniam, quam crediderit, privilegium exigendi habebit.

S U M M A R I A.

1. *Ob restitutionem ædificii qui credidit, in bonis debitoris privilegium habet, et pignus; et vis utriusque.*
2. *Restitutio ædificii quid.*
3. *Caussa beneficii.*

1 Ei qui ad restitutionem ædificii pecuniam mutuam dedit, ad eam pecuniam exigendam et privilegium datum est, et pignus. Privilegium, de quo hoc loco, et *L.* 1. *infr. de cess. bon. L. si ventri*, §. 1. *infr. de reb. auct. jud. poss.* Pignus, de quo in *L.* 1. *infr. in quib. caus. pig. vel hyp. cont.* Privilegium est prærogativa exigendi, qua consequitur creditor, ut cæteris creditoribus quamvis tempore prioribus, dum in personam agentibus, præferatur. *L. privilegia, infr. de reb. auct. jud. pos.* Pignus in hoc proficit creditori, ut non tantum crediti nomine possit agere adversus debitorem, sed etiam adversus omnem ædificii restituti possessorem, ut est natura pignoris persecutionis. *L. pignoris*, *L. si fundus*, §. *in vindicatione*, *infr. de pig.* Pignus etiam ad hoc conducit, ut creditor, qui in restitutionem ædificii credidit, aliis etiam creditoribus quamvis hypothecam habentibus et tempore prioribus præferatur: quia pecunia hic credita salvam fecerit totius pignoris caussam. *L. interdum*, et seq. *infr. qui pot. in pig. hab.*
† Restituere ædificium est hic, sublatum 2
reponere ac reficere. *L. cum duobus*. §. *idem respondit*, *infr. pro socio.* Cum alioqui restituere generaliter sit in pristinum statum reducere, etiam si quis, quod factum erat, tollat. *L.* 2. §. *restituas*, *infr. ne quid in loc. pub.* † Hæc caussa ideo 3
præcipuum favorem meruit, quia restitutio, idest, reparatio ædificiorum, omnisque exstructio pertinet ad decorem et ornamentum urbis.

Ad L. Si pecuniam. 26.

Idem lib. 5. Opinionum.

Si pecuniam militis procurator ejus mutuam dedit, fidejussoremque accepit: exemplo eo, quo si tutor pupilli, aut curator juvenis pecuniam alterutrius eorum creditam stipulatus fuerit, actionem dari militi, cujus pecunia fuerit, placuit.

S U M M A R I A.

1. *Procurator domini pecuniam mutuam dando actionem domino acquirit, sive det nomine domini, sive suo.*
2. *Militi proprie hoc datum, ut acquiratur ei actio ex stipulatione procuratoris, etsi procurator stipuletur ei pecuniam reddi.*

Si pecuniam militis, inquit Ulpianus, *procurator ejus mutuam dedit, et fidejussorem accepit, actionem dari militi, cujus pecunia fuerit, placuit.* De milite nominatim hoc dictum est, ut intelligeremus singulare aliquid hic constitui, quod militi tribueretur, non etiam aliis. Idque etiam ex eo apparet, quod Ulpianus actionem in ea caussa dari ait militi exemplo eo, quo daretur, si tutor pupilli, aut curator adolescentis pecuniam alterutrius eorum creditam stipulatus fuerit. Quo argumen-

mento nihil opus fuerat, si in omnibus dominis idem jus esset, quorum pecuniam procurator eorum mutuam dedisset. Quæritur igitur, quid hic sit in milite singulare, quod in eodem facto non item tribuatur cæteris dominis paganis: quod quæ-
1 rentibus non statim occurrit. † Quid enim dicemus? procuratorem militis pecuniam militis mutuam dedisse ejus nomine, atque ita militi actionem quæsitam esse? Recte dicemus: sed nihil hic proprium militis; nihilominus enim hoc idem fieret, in quovis pagano, cujus nomine alius non dico procurator ejus, sed maxime extraneus pecuniam non illius, sed suam dedisset mutuam alteri. *L. certi*, §. *si nummos*, *supr. eod.* Volumus procuratorem militis pecuniam ejus mutuam dedisse suo nomine, eamque sibi reddi stipulatum? Ulpiani quidem hoc loco sententiam esse apparet hoc casu militi actionem dari: quoniam etsi tutor pupilli pecuniam dedisset mutuam suo nomine, actio acquireretur pupillo. *L. 2. D. quan. ex fa. tut. L. 2. C. eod.* Sed ne hic quidem quidquam proprium militis. Nam etsi cujusvis alterius procurator pecuniam domini mutuam daret suo nomine, quam et sibi stipularetur; tamen et domino utilis actio daretur. Generaliter enim traditur, quod procurator ex re domini stipulatus est, id dominum etiam invito procuratore petere posse. *L. quod procurator*, *supr. de proc.* Proinde etsi hic procurator eo nomine fidejussorem accepisset, ex eadem regula domino adversus fidejussorem actionem daremus: nam et ea stipulatio, qua fidejussor obligatur, ex re domini est.
† Quid igitur hic singulare in milite? U- 2
num illud, quod et Ulpianum sensisse, exemplum additum declarat: si proponatur procurator militis pecuniam ejus dedisse, et nominatim stipulatum esse eam reddi domino suo tam a reo, quam a fidejussore. Nam hoc modo alterius procurator si stipuletur, inutilis sit stipulatio. *L. quæcunque gerimus*, *infr. de ob. et act.* Idem si faciat procurator militis, utilis actio militi eo nomine dabitur. Quam ad speciem confirmandam potissimum referri debet argumentum tutoris et curatoris pecuniam pupilli vel adulti his reddi stipulantium, quo Ulpianus utitur. Nam ex ejusmodi conventione pupillo et adulto actio utilitatis caussa datur eodem auctore in *L. eum qui*, §. *si actori*, *infr. de const. pec.*

Ad L. Civitas. 27.

Idem lib. 10. ad Edictum.

Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniæ versæ sunt. Alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas tenebuntur.

S U M M A R I A.

1. *Civitatem mutui datione obligari posse; sed quibus condictionibus.*
2. *Civitatem mutui datione non teneri, quamvis actor civitatis acceperit nomine civitatis, si pecuniæ in rem civitatis versæ non sint.*
3. *Civitas ipsa si acceperit, omnimodo obligatur, et quando videatur ipsa accipere, gerere, contrahere.*
4. *Civitatem consentire posse.*
5. *Civitatem in his quæ ipsa recte coacta gessit, sic obligari, ut nec restitui ut minor possit.*
6. *Actore civitatis mutuam pecuniam accipiente nomine ejus, obligatur civitas mutui datione, si pecuniæ in rem ejus versæ sint; non ante, et cur.*
7. *Vici, collegia non alio modo obligantur, quam civitas.*
8. *Civitas quibus in caussis exemplo minorum in integrum restitutione utatur.*
9. *Universitates cæteræ ut vici et collegia, non ut civitas in integrum restitui possunt, excepta ecclesia.*
10. *Versam in rem civitatis pecuniam, creditorem probare debere, et quomodo probetur.*
11. *Actores civitatis pecuniam civitatis nomine accipientes, an et ad quid teneantur.*
12. *Civitatis nomine pecunia data actori municipum adversus utros actiones suas dirigere, et quomodo in ea re se instituere debeat creditor, ut sibi caveat.*

PAucis verbis tres hic statuuntur sententiæ, quæ non eo tantum distincte proponendæ sunt, ut observentur, sed etiam et multo magis, ut explicentur. Ut enim di-

dignæ sunt observatione; ita et singularem quandam rationem habere videntur, quæ explicanda est. Conceptione autem ipsæ sunt ejusmodi, in quibus multa cavenda sint: alioqui fiat, ut multis modis sint falsæ. Duæ sunt de civitatis obligatione circa pecuniam creditam. Una, quæ docet, ubi civitas mutui donatione obligari possit. Altera ubi ea datione non obligetur. Tertia est de obligatione eorum, qui civitatis nomine mutuum acceperunt. Singulas ordine expendemus.
1 mus. † Prima igitur sententia hæc est: Civitatem mutui datione obligari posse, si ad utilitatem ejus pecuniæ versæ sunt. In hac hoc præcipiendum est, diligenter cavendum esse, ne quod dicitur civitatem suprascripta conditione obligari posse, sic accipiamus: quasi dictum esset ista conditione civitatem obligari. Neque enim verum est semper hoc modo obligari civitatem. In quo si quæritur, quando pecunia in rem civitatis versa, civitas obligetur, de eo sic habendum est. Interest, utrum ipsa mutuum accipiat, an alius. Si civitas ipsa accipit: obligatur sine dubio tunc cum pecunia in rem ejus versa est: nam etsi versa non esset, tamen, ut existimo, obligaretur: de quo in altera sententia dicendum est. Neque ideo Ulpianus frustra adjecit conditionem, *si pecuniæ in utilitatem ejus versæ sint.* Tota enim definitio hujus loci ad id mutuum collata est quod non civitati, sed aliis datum est, a quibus postea pecunia ad civitatem pervenit, ut indicant illa verba: *alioqui ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur.* Quod si alius quam civitas pecuniam mutuam acceperit: requiremus quidem hoc primum ad civitatis obligationem, ut pecunia in rem civitatis versa sit, de quo postea: sed nihil prodest deinde versam esse ut civitas obligetur, nisi ab initio et qui accipit, actor fuerit civitatis seu municipum, et ei pecunia data sit nomine et contemplatione civitatis. Propone extraneum aliquem pecuniam mutuam accepisse civitatis nomine, eamque etiam in rem ejus vertisse. Non ideo civitas obligabitur ei, qui mutuum dedit: quoniam nec ab illo quidquam accepit civitas, sed ab eo qui pecuniam in rem ejus vertit: nec cum illo quidquam negotii gessit, consensitve, quo illi obligaretur. Mutuum autem quod dationem desiderat, ut non est sine eo qui det, ita non est sine eo qui accipiat. Idem cum sit contractus, non potest inter aliquos exsistere sine consensu. *L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* At si actor sit civitatis, qui pecuniam accipit, potest hujus facto civitas obligari: quia et potest videri pecunia accepta esse voluntate civitatis, quæ eum constituit. arg. in *L.* 1. §. *item acquirimus, infr. de acq. pos. et L. si institorem, infr. eod.* Sed tamen et hoc ita est, si actori nomine civitatis pecunia mutuo data sit. Quod si ille suo accepit, cum is qui dabat, ipsius nomine daret, non contemplatione civitatis, quantumvis postea pecuniæ in rem civitatis versæ sint, et ille ab initio apud se hoc animo fuerit, ut verteret; tamen solus ipse, non civitas mutui datione obligabitur. *L. eum qui, C. eod.* Ne minor quidem, si pecunia tutori mutuo data sit, et in rem minoris postea profecta, aliter obligatur, quam si nomine ejus data sit. *L.* 3. *C. quan. ex fac. tut.* Nec mirum id constitui, cum de obliganda civitate agitur: nam etsi quid daretur procuratori, et is non esset hoc animo, ut domino acquireret, placet id domino acquiri non posse. *L.* 1. §. *per procuratorem, infr. de acq. pos.* Quanto minus dominum obligabit sive actor sive procurator, si in re aliqua contrahenda non est ea mente, ut dominum obliget? Denique in re quæ ex consensu valet, absurdum est alios obligari, quam de quibus inter contrahentes actum est. Sane si pecunia syndico civitatis ut syndico data sit: satis hoc est, ut videatur nomine civitatis data, et civitas eo facto obligetur. arg. *L. ult. infr. de inst.* Non ergo, ut dixi, statim civitas mutui datione obligatur, quantumvis pecuniæ quæ mutuo datæ erant, in utilitatem ejus versæ sint: sed in eo illæ sunt præterea conditiones, quas supra ostendi. Cui non adversatur definitio Ulpiani. Adversaretur, si scriberet supra scripta conditione civitatem obligari mutui datione. Cum enim generaliter definiret, nec adjiceret aut a quo, aut quo nomine pecuniæ mutuo acceptæ sint, quæ deinde versæ sunt in civitatis utilitatem: sic definitionem accipere deberemus, ut nihil exciperet. *L. metum,* §. 1. *supr. quod met. cau. L. item veniunt,* §. *petitam, ver. a quo. supr. de her. pet. L. de pretio, supr. de publician.* Nunc autem observandum est Ulpianum non dicere civitatem mutui datione obligari, si ad utilitatem ejus versæ sint; sed obligari posse. Quæ oratio non est generalis, nihilque amplius exprimit, quam fieri posse ut hoc modo civitas obligetur: id autem ut verum sit, satis est, si vel una aliqua in specie possit obligari, non in omnibus: si aliquando, non semper. Ita ex his verbis semper hæc quæstio relinquitur: Quando

supe-

superiore conditione civitas obligetur, semperne et omni modo, an interdum: et si interdum, quando: de quo ante dixi. Unde intelligitur Ulpianum hoc loco non tam ostendere voluisse, ubi civitas obligaretur, quam ubi non obligaretur: ideo posuisse conditionem, non sub qua vellet civitatem obligari, sed sine qua significaret illam non obligari, quantumvis alia omnia intervenerint in pecunia mutuo data, quæ ad civitatem obligandam facere videbantur. Id quod apertius exprimit postea, cum subjicit, *alioqui civitas non tenebitur*: de qua
2 parte jam videamus. † Secunda hic sententia est, qua definit, si pecuniæ ad utilitatem civitatis versæ non sint, civitatem mutui datione non teneri. Si extraneus acceperit: non mirum, quantumvis mutuam acceperit nomine civitatis. Nam nec si ita acceptam in rem civitatis postea verteret, eam tamen obligare posset alii, cum quo illa non contraxit. Idemque de actore civitatis dicendum est, si is in utilitatem civitatis non vertit eam pecuniam, quam suo nomine mutuam acceperat: quando nec civitas ea datione obligaretur, quamvis pecunia postea versa esset in ejus utilitatem, ut de utroque antea docuimus. Sed etsi actor civitatis pecuniam ab initio acceperit civitatis nomine: ne hoc quidem adeo mirum est, si ea pecunia in utilitatem civitatis non versa, non obligetur civitas. Ut enim curator minoris, sic actor civitatis conditionem civitatis meliorem facere potest; deteriorem non potest, quia hac conditione constitutus videtur: de quo tamen am-
3 plius paulo post. † At quid si civitas ipsa mutuum acceperit? quid si nominatim mandavit, ut mutuum acciperetur ab eo, qui dedit? an exspectabimus, dum pecuniæ versæ sint in rem civitatis, et si versæ non sint, civitas non tenebitur? de quo variæ sunt et dissidentes interpretum sententiæ. Ego cum Bartolo existimo, si civitas ipsa pecuniam acceperit, illam non minus quam privatum quemvis statim obligari: nec referre, utrum pecunia in rem ejus versa sit, an non sit. Sed videndum, quando illa accipere et contrahere intelligatur. Et nemo negaverit esse aliqua, quæ sint propria civitatis: ut cum facta erunt, vere dici possit illa civitatem ipsam fecisse, non alios nomine civitatis. Hujus generis sunt, magistratuum municipalium creatio, et legum municipalium constitutio. Creantur magistratus municipales, cum municipes rite et solemni more convocati suffragiis suis aliquos designant, quos velint esse magistratus. Conditur lex municipalis, cum eodem modo coacti cives constituunt de re aliqua ad civitatem pertinente, quid fieri velint. Quæ cum facta sunt, omnes intelligunt, et ita loquuntur, civitatem magistratus creasse, et legem constituisse: alioqui neque magistratus, neque hæ leges tenerent omnes. Dicendum est igitur et tunc civitatem mutuum accipere et contrahere videri, cum ita coacta est, ut solet coire in magistratibus creandis, et legibus condendis: atque ita coacta eodem consensu decernit, ut mutuum accipiat ab eo, qui dat: accipiat autem per eum, cui ut acciperet, negotium dedit. Sed etsi in eodem conventu nominatim constituat actorem, eique mandet, ut pecuniam mutuam alicunde accipiat, et exsistat deinde aliquis, qui hoc mandatum secutus det pecuniam actori: ipsa civitas mutuum accipere recte dicetur: gerit enim, qui mandat geri, et facit, quisquis facit per alium. *L. 5. §. gessisse, infr. de admi. tut. L. 1. §. ait, infr. unde vi.* Quod si ordo tantum decurionum accipiat, aut actor ab his constitutus, ut solent plerunque actores ab his constitui. *L. 3. et 4. supr. quod cujus. univ. nom.* non videbitur civitas contraxisse, sed magis administratores et actores civitatis. Hoc igitur sentio: cum civitas ita mutuum accepit, aut mandat accipi, ut supra dictum est, eam mutui datione statim obligari: nec debere creditorem esse solicitum, quam in rem ea pecunia vertatur; sed quamcunque in rem versa sit, cum civitate ex ea caussa quandoque agi posse. Hoc ita statui necesse est, si civitatis ea persona est, quæ obligari possit, et in hac acceptione ea facit, ex quibus mutui obligatio oritur, nec in eo alienum consilium seu auctoritatem desiderat. Civitatis eam personam esse, quæ ex delicto et ex contractu obligari possit, constat. De delicto est in *L. metum, §. animadvertendum, 5. quod met. caus.* De contractu est hic locus, ubi diserte scriptum est, non alios nomine civitatis, sed civitatem mutui datione obligari posse. Quæ ad mutui obligationem pertineant, videamus. Mutuum duabus rebus perficitur, rei datione, et dantis atque accipientis consensu in hoc, ut sit mutuum. Horum utrumque intervenire palam est, cum mutua pecunia datur eo modo, quo supra dictum est, vel civitati, vel his quibus civitas dari voluit: nisi quis dicat hæc in civitatem non cadere: quod non ita est. Nihil interest possessionem alicujus rei accipiat civitas, an res cæteras. At municipes possidere et usucape-

capere posse convenit: idque eis non solum per servum, sed etiam per liberam personam cui acquirendi potestatem dederint, acquiri. *L.* 2. *infr. de acquir. pos.* Proinde et mutuam pecuniam per hos ipsos accipere possunt, ut eam sibi acquirant, et mutuam sibi habeant.
4 † Civitatis autem certum consensum esse in rebus gerendis hæc probant: Nam municipibus restitui ex Trebelliano hereditas potest: his heredibus institutis acquirere hereditatem permissum est: licet et his delatam sibi bonorum possessionem petere. *L.* 1. *infr. de libert. universitat. L. omnibus, infr. ad Trebell.* quæ omnia geruntur consensu. Quid, quod licet civitati legem municipalem condere? *L.* 3. §. *plane, infr. quod vi aut clam*: in quo multo certior consensus atque auctoritas civitatis cernitur: cum nusquam magis consensu et consilio opus sit, quam in ferenda lege. Unde lex, virorum prudentium consultum dicitur a Papiniano, et communis Reip. sponsio. *L.* 1. *sup. de legib.* Huc pertinet, quod civitatem vim facere posse, et eo facto illam teneri non minus quam privatos, scriptum est in *d. L. metum*, §. *animadvertendum, supr. quod met. caus.* Quod non eo a me nunc affertur, ut sit argumentum, si civitas delinquendo obligatur; etiam contrahendo eam obligari, ut quidam argumentantur, arg. *L. omnem, sup. de jud.* In promptu enim esset reprehensio: cum minores ex delicto ita obligentur, ut nec his in hac caussa subveniatur: quibus tamen placet in contractibus subveniri, ne læsi teneantur. *L. si ex caussa*, §. *nunc videndum, supr. de minor.* Sed hoc statui eo spectat, ut intelligatur civitatem consentire posse non minus quam privatos: alioqui nec vim facere putaretur, aut obligaretur faciendo. Nam nec inter privatos hi tenentur ex maleficio, in quibus nullum judicium, aut consensus est, ut impuberes, qui doli capaces non sunt. *L. impuberem, infr. de furt.* In summa cætera gerere consensu civitas potest: quare et mutuum accipere consensu. Quo contractu posito necesse est et eam obligationem sequi, quæ ex mutui datione nascitur. *Inst. quib. mo.*
5 *re cont. obl. in princ.* † Atque hoc ita: nisi in civitate non satis firmum judicium est, ut necesse sit eam alieno consilio regi, ac propterea dici debeat, ut minores, sic civitatem in rebus gerendis propter infirmitatem consilii aut non obligari, aut obligatam in integrum restitui posse. Sed in civitate quæ solemniter ita coacta, ut diximus, communi consensu quid decrevit, hoc dici non potest. Non enim indiget alieno consilio in rebus gerendis, quæ in his consilium aliis subministrat: nec consentaneum est eam regi ab aliis, quæ regit alios, quæque aliis legem et morem imponit. Et sane si ita coacta communi consensu legem ferre potest: quæ etiam singulis necessitatem afferat parendi; quanto magis eodem consensu ipsa sibi necessitatem solvendi imponere potest, ubi non singuli, sed universitas obligetur? Huic sententiæ video duo opponi: hunc locum, et quod alibi respublica minoribus comparatur. In primis urgetur a quibusdam hic locus, in quo ita scriptum est: *Alioqui*, id est; si ad utilitatem civitatis pecuniæ versæ non sint (nam contrariam conditionem prius posuerat) *civitas non tenebitur.* Sed ne quis moveatur hoc loco, propius est, ut is pro superiore sententia faciat, quam ut ei adversetur. Non enim Ulpianus simpliciter ita scribit: alioqui civitas non tenebitur; sed hoc modo: *Alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur.* Ex quibus verbis intelligitur agere Ulpianum non de eo mutuo, quod civitati datum sit, seu quod civitas contraxerit; sed de eo, quod alii contraxerint nomine civitatis: ac de eo quæsitum esse, an ea datione civitas obligari posset, si forte fingeres actori civitatis esse datum: respondisse Ulpianum sic posse eam in hac caussa obligari, *si ad utilitatem ejus pecuniæ versæ sint.* Sin minus, *ipsos qui contraxerunt, teneri, non civitatem.* Quid ergo, si civitas contraxerit? Magis est, ut hinc colligi debeat civitatem suo facto obligari, nec in eo adhibendam esse superiorem conditionem: alioqui frustra de aliis, qui ejus nomine contraxerunt, caveretur: cum generaliter ita dici debuisset, *alioquin civitas non tenebitur.* Id quod si quis ex hoc loco non aperte effici contendet, concedi poterit; sed hac lege, dum ille vicissim fateatur multo minus ex eo effici, quod volunt, cum ipsa civitas, non alii contraxerunt, civitatem non aliter teneri, quam si pecuniæ versæ sint in ejus utilitatem. Si quid superiori adversatur, est id maxime, quod de reipublicæ jure traditum est, cum in *L. pen. C. quib. ex caus. majo.* tum in *L. pen. C. de jur. reip. lib.* 11. In illa hæc definitio est: *Respublica minorum jure uti solet: ideoque auxilium restitutionis implorare potest.* In posteriore amplius etiam quiddam civitati tribui videtur his verbis: *Rempublicam ut pupillam extra ordinem juvare moris est nostri.* Illic minoris loco respublica habe-

habetur: hic etiam loco pupillæ. Constat autem, si minor pecuniam mutuam acceperit, eum in integrum restitutionem desiderare posse, si pecuniam perdiderit. *L. verum, §. item quæritur, sup. de min.* Quod si etiam pupillus sine tutoris auctoritate acceperit, neque locupletior sit factus: is nec jure ipso obligatur. *L. obligari, infr. de auct. tut.* Quapropter et reipublicæ quæ mutuum acceperit, si pecuniæ in rem ejus versæ non sint, ex superioribus constitutionibus idem tribuendum est. Ac ne quis eo nunc confugiat, ut dicat has constitutiones esse de republica scriptas, ideo ad civitates non pertinere, arg. *L. bona, L. eum qui, infr. de ver. sig.* Reipublicæ verbo in his civitatem accipere debemus. Etsi enim in jure Romano cum publicum absolute dicitur, intelligitur id proprie, quod est populi Romani, non quod cujusque civitatis: *d. L. bona, L. eum qui, de ver. sig.* tamen cum conjunctim dicitur respublica, sic usus ejus juris est, ut quæque civitas fere hoc verbo significetur, et ad civitatem designandam dicatur prope frequentius respublica, quam civitas, testes sunt hi loci ex innumeris. *L. 3. supr. quod cujus. uni. L. 3. §. plane, L. 5. §. item ait, infr. quod vi aut clam, L. Titio, infr. ad munici. L. ult. C. de jur. reip. lib. 11. L. 1. C. de ven. reb. civi. eod. lib. L. 1. C. de debit. civi. eod. lib.* ubi respublica bis nominatur, cum tamen titulus indicet agi illic de debitoribus civitatum. Cumque hæc verbi hujus appellatio est in aliis locis: tum vero maxime in superioribus definitionibus ex sententia auctorum accipienda est. Posterior enim constitutio relata est in *d. tit. C. de jur. reip.* in quo sub reipublicæ verbo de civitate agi non solum ex aliis rescriptis ejus tituli intelligi potest, sed etiam aperte ostendit *L. ult. eod.* quæ et reipublicæ significatio constanter servatur in tribus titulis sequentibus ejusdem libri. Sed ut hoc in illis definitionibus de significatione verbi reipublicæ concedamus: tamen ne sic quidem ei sententiæ, quam posuimus, adversari reperientur. Nam utraque definitione in summa hoc efficitur, rempublicam seu civitatem minoribus et pupillis una hac in re comparari, ut quemadmodum minores in integrum restitui possunt, si quid cum illis gestum sit, sic possit et civitas. Hoc ipso maxime confirmatur, si quid civitas contraxerit eo modo, quo diximus, statim eam jure ipso obligari, quamvis pecuniæ in utilitatem ejus versæ non sint. Non enim locus esset extraordinario auxilio restitutionis, nisi prius esset jure communi obligata. *L. in caussæ, 2. supr. de min.* ut appareat in contractibus eam quoque comparari iis sive minoribus, sive pupillis, qui et ipsi contrahentes obligentur: quod fit cum adolescens curatorem non habens solus contrahit, aut curatorem habens contrahit cum curatoris auctoritate: *L. 3. C. de in integ. rest. minor.* pupillus autem semper tutore auctore. *d. L. obligari, infr. de auct. tut.* Concedamus igitur ut istos ex suis contractibus, sic et civitatem cum obligari cœperit, restitui posse; tamen semper illud manebit, quod diximus, civitatem quæ contraxerit, etiam si locupletior facta non sit, statim obligari. Nec quisquam putet nihil referre, utrum dicatur civitas non obligari ab initio, an cum summo jure obligata fuerit, dicatur posse restitui. Etsi enim nemo videtur re exclusus, quem prætor in integrum se restituturum pollicetur; *L. nemo, supr. de in integ. rest.* tamen hoc ita est, si quis intra tempora constituta restitutionem postulet: post quæ tempora excluditur. Qua de caussa et qui jure prius obligatus fuerat, nunc perpetuo et omni jure obligatus manet: quod non fit in eo, qui ante nunquam fuit obligatus. Prius reipublicæ seu civitati semper continget, non posterius, si eam extra ordinem restitutionis auxilio juvari dixerimus. Nam intra quadriennium recte implorabit in integrum restitutionem: post quadriennium excludetur ex constitutione Justiniani. *L. ult. C. de temp. in integ. rest.* Nec expectabimus donec civitas desinat esse civitas, ut inde ei cedat restitutionis petendæ tempus, ut in minoribus ad eam rem exspectamus, donec minores esse desierint. Alioqui perpetua esset in integrum restitutio civitati, nec jam restitutionis auxilium quidquam differret ab eo jure, quod est eorum qui nullo modo tenentur; sed tempus restitutionis civitati statim cedet ex eo tempore, quo contraxit: quæ et sententia vulgo recepta est, eademque confirmata in *c. 1. de in integ. rest. in vi.* Ego autem amplius puto, ubi civitas ita coacta, ut dixi, de sententia communi decrevit mutuum accipi, et ita accipit vel per se, vel per eos quibus id negotium dedit, sic eam jure obligari, ut nec possit restitui in integrum, quamvis non doceantur pecuniæ versæ esse in ejus utilitatem: idque adeo existimo superioribus sententiis effici. Dicitur enim civitas auxilium restitutionis implorare posse; sed ita, ut in eo utatur minorum jure. Dicitur

extra

extra ordinem juvari solere; sed ut pupilla. His adjectionibus declaratur civitatem exemplo minorum in his caussis restitui posse, in quibus propter infirmitatem vel ignorantiam alieno consilio et prudentia indiget ad res gerendas (hæc enim res minoribus in integrum restitutionem tribuit *L.* 1. *supr. de min.*) in quibus autem civitas alieno consilio non indiget, exemplum ipsum facere, ne ei restitutionis auxilium tribui debeat. Tunc autem civitati curatorum actorumve auxilio et prudentia opus est, cum quid illa omittit, aut si quid geritur, geritur per curatores et actores, civitate nihil nominatim de eo cavente. At cum ipsa recte et solemni more coacta quid constituit; hic illi non magis alieno consilio et prudentia in eo est opus, quam tum cum legem fert, aut creat magistratus, ut supra ostendi. Nec multum referre putandum est, utrum habeat civitas suos actores vel a se vel ab ordine constitutos, et sine his pecuniam accipiat. Ab his enim aut horum auctoritate res geri debet, cum civitas ipsa non gerit. At cum illa rem ad se revocat, hic non est quærenda actoris vel alterius cujusquam auctoritas. Neque in hac re civitas recte comparabitur minoribus, qui curatorem habent, ut sine his nihil recte geratur, ut est constitutum *L.* 3. *C. de in integ. rest. mi.* Minores enim sive curatores habeant, sive non habeant nunquam tamen ita sapiunt, quin eorum auxilio et consilio egeant: et cum habent, semper curator prudentior habetur. Unde non ipsi sibi constituunt curatores; sed his ut imperitioribus lex dat, aut magistratus. Civitas autem etiam quæ actores habet, major est et prudentior actoribus et curatoribus suis quibuslibet. Argumento est, quod actores ipsa sibi constituit, non ab aliis constitutos accipit, ipsaque in eo sibi lex est: major autem et prudentior, qui constituit, quam qui constituitur. Sed et major ac prudentior, qui regit, quam qui regitur. Porro regit civitas actores suos, cum ipsi visum est; non autem ab illis regitur, nisi tunc cum rerum administrationem illis permittit.

6 † Quando igitur obligabitur civitas mutui datione, non tamen aliter, quam si pecuniæ in utilitatem ejus versæ sint? Cum fiet, quod hic significatur: cum videlicet alii contraxerint, quam civitas; hi tamen, qui facto suo civitatem obligare potuerint, qualis est syndicus seu actor civitatis, et hi nomine civitatis aut tanquam actores contraxerint. His ita pecuniam accipientibus obligabitur civitas; sed ita, si pecunia in rem civitatis versa sit, ut hic scriptum est: eodem exemplo nimirum, quo et pecunia tutori vel curatori minoris nomine ejus mutuo data, placet personalem actionem in minorem dari, si in rem ejus pecunia profecta sit, ut est in *L.* 3. *C. quan. ex fac. tut.* Nam tutor pupilli, curator furiosi vel adolescentis, item actor municipum in eadem caussa habentur, cum de administratione rerum pupilli furiosi, minoris, vel municipum agitur. *L. eum qui*, §. *si actori infr. de const. pec.* Itaque ut tutor et curator domini sunt loco, cum tutelam aut curam gerunt: *L. tutor qui tutelam*, *infr. de ad. tut.* sic et actor, cum gerit rem civitatis: ex quo est hæc in minorem actio ex facto tutoris vel curatoris; in civitatem autem ex facto actoris. Sed cur non obligatur statim civitas, cum actor ejus nomine pecuniam accepit, cum videri possit voluntate civitatis accepisse, quæ eum dedit: ut de exercitore, et domino diceremus, si magister navis, aut institor pecuniam mutuam accepisset in eam rem, cui præpositus erat, quamvis is nummos postea in usus suos convertisset? *L.* 1. §. *non autem*, *ver. unde Ofilius*, *infr. de exer. L. habebat*, *infr. de inst.* Eo fit, quia aut constituitur actor ab ordine non a civitate, ut fieri posse traditur *L.* 3. *supr. quod cujus. universit.* aut si civitas ipsa dat, quod suo jure potest: *L.* 2. *quod cujus. universit.* tamen constituit eum generaliter: quod cum fit, hactenus dari intelligitur, ut meliorem conditionem civitatis faciat, non ut deteriorem. Nam et generaliter rerum pupilli administratio tutori committitur lege, aut a magistratu: et generaliter curatori administratio rerum adolescentis; neque hi tamen pupillum aut adolescentem pro suo arbitratu obligare possunt; sed ita, si sit in rem eorum, quod geritur. *d. L.* 3. *C. quan. ex fac. tut.* Quippe his omnibus administrare et procurare permissum est, non perdere. *L. qui fundum*, §. *si tutor*, *infr. pro em. L.* 3. §. *plane*, *infr. quod vi aut clam.* Plane si actorem constituerit civitas nominatim in hanc rem, ut pecuniam mutuam acciperet, aut nominatim in rem aliam ad quam mutua pecunia esset opus: dicendum est, si quis in hanc caussam crediderit actori, statim civitatem consensu suo obligari, exemplo exercitoris et domini, quorum magistro vel institori pecunia mutuo data esset ejus rei nomine, cui hi præpositi erant. *d. L.*

L. 1. §. *non autem*, *infr. de exer. L. cuicunque*, §. *non tamen*, *L. habebat*, *infr. de inst.* Unde hoc casu in eum qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem præposuit, utilem ad exemplum institoriæ dari actionem scriptum est in *L. in eum*, *infr. de inst.* quod et in civitate servandum est. Quid, si pecunia actori mutuo data casu amissa sit prius, quam in eam caussam converteretur, in quam accepta est? Satis civitas locupletior facta intelligitur, si in caussam necessariam accepta est: veluti, ut rem civitati necessariam emeret, quam necessario de suo erat emptura. *L. in pupillo*, *infr. de solut.* proinde quasi pecunia in rem ejus versa tenebitur. Ex his judicari potest, quod hic dicitur de mutui datione, referri debere ad omnes caussas, ex quibus obligatio nascitur, ut si quidem civitas ipsa contraxerit ita coacta, et eo modo quid decernens ut diximus, ipsa statim obligetur, nec quæratur in eo, an sit locupletior necne: veluti si vendiderit quid, aut emerit aut permutarit. Sin ejus actores id fecerint, non aliter ipsa obligetur ex eo contractu, quam si quod inde quæritur, versum sit in ejus utilitatem, puta pretium, re ab actoribus vendita; aut ex eorum emptione res empta quæsita civitati.

7 † Sed et quod de civitate hic dicitur, multo citius in cæteris universitatibus, ut vicis et collegiis probandum esse dixeris: ut si ipsæ ita coactæ, ut solent, cum de rebus universitatis in commune aliquid constituere volunt, quid communi consensu contraxerint, gesserint, eo facilius obligentur, quo citius et facilius convenire possunt. Ubi autem actores earum contraxerunt, nullo certo et speciali mandato in eam rem præcedente: obligentur illæ quidem, si mutuum illarum nomine datum, et pecunia in earum utilitatem versa sit, quasi et in hoc consenserint, cum actorem dederunt; sed si non sit versa, non magis obligentur, quam civitas: quasi nec hoc mandarint actoribus, ut se spoliarent. Illud tenendum est, cum dicimus civitatem non obligari: si in ejus utilitatem pecuniæ versæ non sint, id hanc vim habere, ut nec jure obligetur. Neque enim convenit, quenquam ex alieno facto sine sua voluntate obligari. *L.* 1. *L.* 3. *C. ne ux. pro*
8 *marit. L.* 1. *C. ne fil. pro pat.* † Quæ res facit, ut nec sit civitati ad eam obligationem infirmandam in integrum restitutio necessaria. *L. in caussæ*, 2. *supr. de minor.* Ex quo apparet, quod traditur, rempublicam seu civitatem minorum jure uti: ideoque restitutionem implorare posse: *d. L. pen. C. ex quib. caus. ma.* id locum non habere in contractibus: ubi si quid civitas ipsa contraxerit, effectum est eam obligari sine ulla spe restitutionis: idemque probandum est, si administratores reipublicæ contraxerint, et pecunia versa sit in rem civitatis. Quod si actoribus civitatis contrahentibus pecunia in ejus utilitatem versa non sit, ita ea non obligatur, ut nec desideret in integrum restitutionem. Movere nos non debet, quod in superiore definitione non adjicitur, qua ex caussa restitutio civitatis nomine postuletur. Id enim ex vi verborum satis intelligitur: cum neque semper minores in integrum restituantur, ut cum certo consilio quid gesserunt: et natura non sit locus restitutioni, ubi civitati jure ipso nihil amissum est. Ibi restitutio civitati necessaria est, et recte desideratur, cum negligentia res ejus usucaptæ sunt, aut actiones tempore amissæ, aut cum hereditas aliqua per actores forte quæsita est, quæ et tota quantum quidem habuit, versa sit in civitatis utilitatem, verum propter æs alienum reperitur damnosa. † Quod in hoc genere auxi- 9
lii civitati tribuitur, non in eadem caussa habendum est, atque id quod de civitatis obligatione hoc loco traditur. Quod enim placet civitatem ex contractibus actorum suorum non passim obligari, sed certis conditionibus, ut in cæteris universitatibus eandem rationem habet, et ex jure communi est: ita ad cæteras quoque universitates recte transfertur. At restitutionis auxilium extraordinarium est. *d. L. in caussæ*, 2. *supr. de min.* unde et civitas hic juvari dicitur extra ordinem. *L. pen. C. de jur. reip. lib.* 11. Proinde et jus hic singulare est, quod civitatibus tributum, ad alias universitates produci non debet. L. *quod vero*, *supr. de legib.* arg. in L. 3. §. *sed utrum*, *supr. de minor.* nisi si quæ etiam in numero civitatum leges habeantur: qualis est Ecclesia. *auth. hoc jus porrectum*, *C. de sac. eccl.* † Postquam aliis nomine civitati mu- 10
tuum accipientibus, ita mutui datione obligatur civitas, si pecuniæ in utilitatem ejus versæ sint; si non sint, non obligatur: de onere probationis in hac caussa quæsitum est, si forte creditor cum civitate agat, et hæc neget pecuniam in rem suam versam esse. Res expedita est ex notis regulis juris: nempe ei qui dicit, incumbit probatio. *L.* 2. *infr. de prob.* Creditor autem pecuniam in rem civitatis versam esse dicit; alioqui ejus actio non procederet, ut declaratur hoc

hoc loco. Perspicuum est igitur hoc eum probare debere. Quod et confirmatur in persona minoris in *L. 1. C. si adv. cred.* Quomodo probabit? uti res cæteræ probari solent: si doceat idoneis testibus, aut instrumentis ex ea pecunia pignus liberatum, aut alias creditori civitatis solutum esse: pecuniam in emptionem alicujus rei civitatis collocatam, aut impensam in extructionem alicujus operis publici, et si quæ sunt res similes, quæ ad civitatem pertinent. Illæ autem præsumptiones repudiandæ sunt, quibus quidam idem probari volunt; quod administrator fuerit homo diligens et fidus; quod civitas pecunia indiguerit, quod summa pecuniæ parva; aut quod pecunia in conspectu ordinis decurionum seu consilii numerata sit. Nihil horum probat pecuniam in rem civitatis versam: fieri enim potest, ut superiora omnia vera sint, et tamen pecunia in utilitatem civitatis versa non fuerit: quod cum dici potest, satis est ad probationem rejiciendam. *L. neque natales, C. de prob.* Atque hæc de obligatione civitatis. Quid ergo fiet creditori, si aut pecunia quam actori credidit, versa non sit in utilitatem civitatis, aut id probare non possit? Ipsam quidem civitatem non teneri, saltem absolvi debere certum est. *L. qui accusare, C. de eden.* Num ergo pecunia creditori perierit? Imo qui contraxerunt, tenentur, ut hic scriptum est: de quo sequitur, ut videamus. Tertia ergo hic sententia est de his actoribus, qui
11 nomine civitatis mutuum acceperunt. † Est autem hæc: eos administratores civitatis, qui civitatis caussa mutuam pecuniam acceperunt, si quidem pecuniæ in utilitatem civitatis versæ non sint, solos teneri, sin versæ sint, non teneri quidem solos, quia et civitas obligetur: attamen simpliciter interdum teneri, tametsi non solos, sed cum civitate: ut sic efficiatur eos qui ita contraxerunt, utroque casu teneri creditori, et cum pecuniæ versæ non sunt in rem civitatis, et cum sunt versæ. De utroque amplius cognoscendum est. Vult ergo Ulpianus, si pecuniæ in rem civitatis versæ non sunt, eos actores qui contraxerunt, idest, qui mutuam pecuniam civitatis caussa acceperunt, teneri. Si ageretur de iis, quibus mutuum suo nomine datum est, res esset plana: tenerentur enim sine dubio ii, quorum fidem in mutuo dando creditor secutus esset, et qui in accipiendo huic ipsi fidem suam obstrinxissent: tametsi apud se hoc animo essent, ut eam pecuniam conferrent in rem civitatis. *L. post mortem, in fin. infr. quan. ex fac. tut. L. procurator qui pro, supr. de proc.* et quoniam suo nomine obligati essent, etiam deposito officio teneantur. *L. 3. §. in eum, infr. de ad. rer. ad civit. per. d. L. post mortem, in fin. infr. quan. ex fac. tut.* Nunc autem hic de iis agitur, quibus mutuum accipientibus civitas mutui datione obligari potest: Proinde de his, qui actores sint civitatis, et pecuniam nomine civitatis datam acceperint, ut initio ostendi. Nam aliter ex eorum facto non obligaretur civitas ex mutui caussa quantumvis pecuniæ versæ essent in ejus utilitatem. *L. eum qui. C. eod.* Quod cum ita sit: merito quæritur, quomodo hi qui ita acceperunt, teneantur, quamvis pecuniæ in utilitatem civitatis versæ non fuerint. Et quidem ego, quod in hac quoque parte diligenter cavendum sit, puto eos mutui datione seu ex mutui caussa teneri non posse. Etsi enim his pecunia numerata est mutui nomine, quod est proprium mutui: tamen nihil agit numeratio ad mutuum contrahendum inter aliquos, nisi hoc ipsum agitur, ut qui accipit, ex ea caussa obligetur. *L. non omnis, supr. eod.* constat mutuum numeratione; sed constat etiam consensu *L. 1. §. 1. supr. de pact.* ut inter quos non id agitur, ut sit mutuum, nec inter eos mutui obligatio contrahatur. At cum creditor pecuniam mutuam dat actori municipum nomine civitatis, hoc ipso non dat nomine et contemplatione actoris, neque ut cum illo contrahatur mutuum, sed solum ut cum civitate. Quapropter creditor eum ex mutui caussa sibi obligatum habere non potest: quod apertius responsum est in eo creditore, qui pecuniam procuratori contemplatione domini mutuam dedit, in *L. si pupilli, §. 1. supr. de neg. gest.* Et generaliter dicendum est, quod alicujus rei vel personæ caussa fit, hoc ipso alterius rei vel personæ caussa fieri non videri. Unde cum in edicto de deposito actio in duplum daretur de eo quod tumultus, aut incendii caussa depositum esset: incendii, et cæterarum caussarum gratia depositum Ulpianus sic accepit, quod esset depositum ab eo, qui nullam aliam caussam deponendi haberet: ut quoties unius alicujus rei caussa fieri quid dicitur, hoc ipso cæteræ res removeri intelligantur. Ac ne quis dubitet, cum actori civitatis pecunia contemplatione civitatis mutuo data est, actorem ex mutui caussa non teneri: fingamus actori pecuniam mutuo datam non nominatim nomine civitatis, sed actori ut civitatis actori, et rem civi-

civitatis agenti: etiam tum dicendum est eum suo nomine non teneri. Nam nec institor, cum quo nominatim ut cum institore et rem agente domini quid contractum est, eo nomine obligatur. *L. ult. infr. de inst.* uti nec actor municipum, si quid ex officio solvi constituit creditoribus civitatis, aut ex rebus civitatis publice quid vendidit, aut locavit. *L.* 3. §. *in eum. infr. de adm. rer. ad civit. pert.* Nec quidquam ad rem pertinet exemplum *L. si pupilli, in pr. supr. de neg. gest.* ut probetur, cum pecunia actori, aut tutori mutuo data est nomine civitatis vel pupilli, illic actorem tutoremve ex caussa mutui obligari: quo tamen loco ad hujus sententiæ probationem vulgo uti solent. Atque haud scio, an sit ei sententiæ quidquam magis contrarium. Etsi enim illic proponitur creditor gessisse negotia pupilli, qua ex re etiam dicitur tutor eo nomine teneri negotiorum gestorum: tamen hoc eo fit, quia nominatim proponitur negotium gestum esse, pupilli quidem, sed contemplatione non pupilli, verum tutoris, ne is tutelæ judicio teneretur: contra quam nunc factum proponimus. Deinde quia negotio pupilli gesto contemplatione tutoris, tamen dicitur tutor obligari negotiorum gestorum. Ex quo intelligitur aut pecuniam illic mutuo datam non esse: cum si tutori nomine ejus data esset, ipse teneretur ex caussa mutui non negotiorum gestorum, quia re ex consensu gesta non sit huic actioni locus: aut si illic mutuum datum volumus, tum magis locum adversus vulgarem sententiam facere: ut qui tutorem mutui datione etiam tunc neget teneri, cum pecunia tutori ipsius contemplatione data erit: quod tamen vulgo contra fieri volunt etiam tunc, cum illius contemplatione pecunia data non fuit. Quare hoc, ut puto, in proposito constare debet, cum actori municipum pecunia nomine civitatis aut aperte, aut, quod idem est, ut actori municipum mutuo data est, actorem mutui datione seu ex mutui caussa creditori non teneri: quia cum eo mutuum contrahi non potuerit sine consensu. Itaque, quod ait Ulpianus, si ad utilitatem civitatis pecuniæ versæ sint, eam obligari posse mutui datione: postea autem subjicit, alioquin eos qui contraxerunt, teneri: cavendum est, ne in hoc posteriore membro repetamus illa verba, mutui datione: quasi diceret eos qui contraxerunt, mutui datione teneri, tenentur enim, sed non mutui datione, id est, non ex mutuo. Nisi tamen mutui datione interpretemur propter dationem, quæ mutui nomine intercessit, quanvis illa mutuum non contraxerit, neque cum civitate in cujus rem mutuum versum non est, neque cum actoribus, qui suo nomine non acceperuut. Quo sensu non negamus recte dici eos ista datione obligari: sed ubique obligationem mutui et condictionem ex hac caussa removemus. Quomodo ergo tenebuntur actores civitatis, qui hujus nomine pecunias mutuas acceperunt, ubi hæ versæ non sunt in civitatis utilitatem? Et erit adversus eos condictio ob caussam dati caussa non secuta, sive re vera fuerint actores civitatis, sive se esse mentiti sint, cum non essent. Nam cum creditor nomine civitatis his pecuniam mutuam dedit, hæc caussa fuit dandi, ut illi eam civitati mutuam facerent: quæ caussa cum secuta non est, fit locus repetitioni, non ut mutuum ab his repetatur, quod nullum fuit, sed ut quasi ob rem datum, nec res sit secuta. *L. si procuratori, infr. de cond. cau. dat.* Duobus autem modis fit, ut pecunia non fiat civitati mutua, atque hoc modo caussa ob quam pecunia data est, in proposito non sequatur: si vel pecunia in rem civitatis versa non sit, ut hic traditur; vel vere actor civitatis non sit, qui se esse falso affirmavit. Nam hic si postea pecuniam verterit in rem civitatis, potest civitatem sibi obligare ob negotium ejus a se gestum: at eam extraneo creditori invitam facto suo obligare non potest ut initio dixi. Quamobrem non tantum priore casu tenebitur verus actor creditori condictione ob caussam; sed etiam falsus actor posteriore. De quo diserte scriptum est in *d. L. si procuratori, infr. de cond. cau. dat.* quanquam et hic hoc amplius furtum facit, ut qui pecuniam alienam contrectet invito domino: unde et pecunia ei condici potest condictione furtiva, ut ibidem adjicitur. Utraque autem actio ostendit non recte sentire eos, qui in hac caussa adversus falsum actorem dandam putant actionem de dolo: cum huic locus non sit, quandiu alia competit. *L.* 1. §. *ait, infr. de dol.* Sed videamus, ne adversus actores, qui nomine civitatis pecuniam acceperunt, non intelligat Ulpianus condictionem ob caussam dari: Ait enim eos teneri, qui contraxerunt. Nihil hoc superiori sententiæ adversatur. Nam et qui aliquid ob caussam accipiunt, hoc ipso cum eo a quo accipiunt, aliquid negotii contrahere intelliguntur: hoc nimirum, ut caussa non secuta quod acceptum est, reddant. *L. si*

extra-

extraneus, *infr. de cond. cau. dat.* Quid si dicamus, eos actores, quibus civitatis contemplatione pecunia mutua data est, neque condictione ex caussa mutui, neque ulla alia actione eo nomine teneri? quod quidem confirmari quis putaverit in *L. si pupilli*, §. 1. *supr. de neg. gest.* Nam cum proponeretur procuratori pecunia mutua data esse domini contemplatione, ut creditor ejus, vel pignus ejus liberaretur: illic scriptum est adversus dominum esse negotiorum gestorum actionem creditori; adversus procuratorem, cum quo creditor contraxit, nullam. Sed hoc de eo procuratore dictum esse apparet, qui susceptum negotium implevit, id est, qui pecuniam convertit in rem domini, cujus nomine acceperat: alioqui non teneretur dominus creditori negotiorum gestorum actione. Nos de eo civitatis actore agimus, qui pecuniam contemplatioue civitatis acceptam in rem ejus non vertit. Ille implendo id, cujus caussa pecuniam acceperat, condictionem ob caussam a se removet; hic non implendo, ei ipsi condictioni locum facit. Ex his puto intelligi, si verus actor quam pecuniam civitatis nomine acceperat, eandem in rem civitatis verterit, hunc creditori suo nomine omnino non teneri. Nam mutuum cum creditore nullum contraxit, ut ostendi. Condictione vero ob caussam, aut furtiva teneri non potest, qui pecuniam recte acceptam in eam rem convertit, in quam acceperat. Actione negotiorum gestorum an hic teneatur, dubitari potuit, quasi in ea datione id negotium gestum sit, quod officii ratione ad eum pertineret. Sed et hac actione non teneri eum actorem, cujus contemplatione pecunia data non est, scriptum est in *d. L. si pupilli*, §. 1. *supr. de neg. gest.* imo vero ne quid necesse sit nos in his aut illis actionibus sigillatim removendis laborare, illic aperte et sine exceptione scriptum est adversus ejusmodi actorem creditori nullam esse actionem. Qua sententia etiam quod dixi de mutuo, hoc videlicet cum eo actore, cui pecunia contemplatione civitatis data est, licet obiter, non obscure tamen confirmatur. Quid est igitur, quod Ulpianus ait, si pecuniæ in rem civitatis versæ non sunt, ipsos solos qui contraxerunt, teneri: nisi hoc significat, si pecuniæ versæ sint in rem civitatis, solos qui contraxerunt, non teneri? Quid est autem solos eos non teneri, nisi teneri quidem eos, verum non jam solos, sed cum civitate? Equidem hoc ita recte colligi arbitror: et teneri veros actores qui contraxerunt, etiam tunc cum civitas obligatur, concedendum est. Sed quod diligenter hic quoque moneri oporteat, tenentur nomine civitatis, ut ejus syndici: *L.* 1. §. 1. *supr. quod cujus. univers. nom.* non tenentur suo: omninoque hic de actore idem, quod de tutore aut curatore dicendum est. Tutor pupilli nomine, curator nomine adolescentis vel furiosi recte conveniuntur, et condemnantur; sed ut pro officio, et eorum nomine, quorum tutelam vel curam gerunt, et ideo finito officio non tenentur. *L. post mortem*, *infr. quan. ex fac. tut.* His similis est actor municipum. L. *eum qui*, §. *si actori*, *infr. de const. pec.* proinde et in eo idem servandum est, quod et fieri declaratur in L. 3. §. *in eum*, *infr. de adm. rer. ad civit. pert.* Cum ergo Ulpianus proprie de his ageret, qui actores essent civitatis, et propterea civitatis nomine contraherent, ut his contrahentibus civitas mutui datione obligari posset: recte dixit, si pecuniæ ad utilitatem civitatis versæ non sint, hos solos teneri: cum vellet intelligi, si pecuniæ in rem civitatis versæ essent, hos non jam solos, sed cum civitate teneri. Scilicet quia et tunc isti teneantur: sed ut dixi, non suo nomine, ut vulgo putant, sed civitatis ut hujus actores: qua actione post depositum officium neque ipsi, neque heredes eorum tenentur. † Quibus de juris quæstione in hac 12
caussa expositis, habet creditor cum quo de pecunia credita agat, et a quo jus suum persequatur: siquidem de facto constabit: ut sciatur aut pecuniam versam non esse in rem civitatis, aut esse versam, et illi mutuam factam esse. Nam si versa erit, et putabit creditor id se probare posse, tuto aget adversus civitatem, et propter civitatem adversus hujus actores; et contra si constabit aut eos actores civitatis non fuisse, qui se esse affirmarunt, aut cum essent, non vertisse pecuniam in rem civitatis: effectum est hos solos teneri, non civitatem. At quid, si incertum erit creditori, quid horum factum sit: adversus utros diriget actiones, ut sibi recte prospiciat? Et consultum videtur, ne primo agat adversus civitatem, ne si probare non poterit pecuniam in rem ejus versam esse, aut alioquin eam teneri, ipsa absolvatur, ut actore non probante de reo constitui oportet ex regula juris. *L. qui accusare*, *C. de eden.* Nec ea sententia multum creditori profuerit, si deinde adversus actorem cui pecuniam dedit, experiatur. Non enim idcirco vicit pecuniam in rem civitatis versam non esse, quia civitas absoluta est: cum

cum ideo sit absoluta, non quia pecunia in rem ejus versa non esset, sed quia versam esse creditor probare non potuerit. Ita fit, ut hac absoluta, inanis creditori in priore judicio fuerit labor. Sed et ex ea absolutione alia sunt incommoda. Quid enim si actor civitatis, cum quo agetur postea, probet se pecuniam vertisse in civitatis utilitatem? is rursum absolvetur, et quidem ita, ut ea probatio nihil prosit creditori adversus civitatem, ut deinde ad eam redeat, et ab ea suum consequatur. Neque enim cum ea quæ hujus pecuniæ nomine absoluta est, de eadem re amplius agi potest, obstante actori rei judicatæ exceptione. Quid, si non probet civitatis actor pecuniam in rem civitatis versam, ac propterea condemnetur? attamen creditori ex priore actione hoc saltem erit incommodum, quod prioris judicii molestiam frustra sustinuerit, nec non sumptus in ea lite factos, in quos civitati condemnatus est. Quidam tamen putant cum civitate prius recte agi hoc modo, si creditor eodem tempore denunciet actori, ut sibi adsit, causamque instruat. Denunciationem hanc ad hoc profuturam: ut si actor, monitus adfuerit, probaritque pecuniam esse versam in rem civitatis, condemnetur civitas creditori ex mutui caussa; si autem non probaverit, cum id ageret, aut caussæ non adfuerit, et civitas ob id fuerit absoluta: tum possit tuto creditor convertere actionem in actorem municipum cum quo contraxit, et pecuniam petere ab eo suo nomine, quasi datam ob rem, quæ res secuta non sit. Idque defendunt exemplo emptoris, qui si de proprietate rei emptæ conventus denunciaverit venditori, ut se defenderet, ac deinde res evincatur, sibi eo modo adversus venditorem de evictione consulit. *L. si parentes*, *L. empti C. de evict.* Sed vereor, ne hoc consilium non satis sit tutum. Quid enim, si actor creditori non adfuerit: nunc autem cum pecunia ex eo petitur, paratus sit docere se eam in rem civitatis vertisse? non video cur non sit audiendus, et cur, si id probet, illi fraudi esse debeat, quod creditorem in ea re antea non juverit. Neque enim ut venditor emptorem defendere debet in judicio evictionis, et nisi defenderit, illi evictionem præstare: *L. cum ex caussa*, *infr. de verb. ob.* ita debet actor civitatis, qui pecuniam accepit civitatis nomine, creditoris caussam agere, quandocunque ille a civitate pecuniam repetet. Nam ut non tenetur re vera, si pecuniam in utilitatem civitatis vertit; ita si quando doceat id factum esse, teneri non debet. Utcunque est, certe de eo juste potest dubitari. Mihi autem in hac re admodum laborandum non videtur. Expedita ratio est creditori suum consequendi, si statim adversus actorem, cui pecunia data est, actionem dirigat, quam adversus illum habet, nempe condictionem ob caussam: et petat, ut quoniam pecunia illi data est ob caussam, quæ caussa secuta esse non ostenditur, ipse de ea pecunia restituenda damnetur. Hac actione instituta creditor sine ullo periculo atque adeo sine ullo labore suo ad suum perveniret. Nam si fatebitur actor pecuniam non esse versam in rem civitatis, aut alioqui civitati mutuam non esse factam, ut quia vere ejus actor non esset: procedit adversus eum intentio, et de hac confessus statim creditori sine alia ejus probatione suo nomine damnabitur. Sin dicit, ut actor civitatis fuit, ita et pecuniam in rem civitatis versam esse, eoque se eo nomine non teneri: jure quidem actionem a se depellit sed cum priora illa dicat, nihil agit, nisi ante illa idonee probaverit. L. 2. *infr. de prob.* nec probaverit tantum in eo judicio, quo nunc cum illo agitur, sed probaverit cum effectu, id est, in judicio, quod deinde creditor adversus civitatem instituet. Id autem, si facit, habet creditor, quod quærebat: mutuum enim civitatis nomine dederat: et jam illi adversus eam consultum est. Aget enim adversus civitatem: quæ si mutuum agnoscit, solvet; si non agnoscit, convincetur non creditoris opera, sed ejus actoris cui pecunia numerata erat. Si non potest convinci: tum manebit intentio ejus judicii, quod adversus civitatis actorem institutum est: ex quo necesse erit illum condemnari, cum exceptionem suam probare non potuerit.

Ad L.

Ad L. Creditor. 28.

Cajus lib. 2. ad Edictum provinciale.

Creditor, qui non idoneum pignus accepit, non amittit exactionem ejus debitæ quantitatis, in quam pignus non sufficit.

SUMMARIUM.

1. *Pignus obligationem debitoris confirmat, non minuit.*

PRima fronte videri potest creditor qui in pecuniam creditam pignus accepit, eo pignore contentus esse. debere in id quod debetur quamvis pignus non sit idoneum. Nam alias cum pro debito aliud præstatur, placet creditorem eo contentum esse debere, quamvis minus idoneum acceperit: ut, si alium debitorem qui solvendo non est, sibi delegatum admittat. *L. inter*, §. *abesse*, *infr. mand.* Adversus hanc dubitationem est hic locus, et similes, qui ab Accursio colliguntur, creditorem qui non idoneum pignus accepit, non amittere exactionem ejus debitæ quantitatis, in quam pignus non sufficit. Et in promptu ratio est.
1 † Est enim plus quam absurdum pignore accepto minus habere creditorem, qua nullo accepto esset habiturus: cum pignus detur, non ut detrahat obligationi, sed ut adjiciat. *L.* 4. §. *si ex conventione*, *infr. de re jud.* ut creditori prosit, non ut noceat: datur enim, quo magis creditori pro debito cautum sit. §. *ult. Inst. quib. more contr. obl.* Et quod dicitur, cum pro debito aliud præstatur, debitorem eo contentum esse debere, huc non pertinet. Id enim tunc locum habet, cum aliud præstatur solutionis, seu satisfactionis caussa, ut declaratur exemplo debitoris delegati. Pignus autem non solvendi caussa datur, sed obligationis magis firmandæ gratia. Sane si creditor postea pignora in creditum acceperit, ut his esset contentus: non potest, quod amplius sibi debetur, petere, ut est in *L. a Divo*, §. *si pignora*, *infr. de re jud.* Sed hoc eo fit, non quia pignus ab initio non idoneum acceperit, aut quia pignus prætorium fuerit, quod illic addicebatur; sed quia velut pacto transegisse de cætero videtur, qui pignore contentus fuit, ut ibidem adjicitur: ut appareat hunc similem esse illi, qui postea sponte pro debito alium reum accepit, quamvis non idoneum. Et constat licere unicuique persecutionem juris sui pacto remittere, ut remittenti non sit regressus. L. *pactum*, *supr. de pact.* L. *quæritur*, §. *si venditor*, *infr. de æd. ed.* Nos de eo agimus, qui nulla re pro debito accepta, nulla parte crediti pacto remissa, solum removeatur hoc nomine, quod pignus acceperit, et jubeatur eo esse contentus: quod nos absurdum esse dicimus. Cautum quidem est in L. *ult. C. de pac. con.* si mulier pro pecuniis, quas maritus ex nominibus sibi ab uxore extra dotem datis exegit, hypothecas ab eo acceperit nominatim, ut illa sit his ad cautelam suam contempta. Sed hoc aperte eam significationem habet, ut his hypothecis pro omni hypotheca esse debeat contenta, non etiam, ut his debeat esse contenta pro debito. Et hoc est: pecunias ex suis nominibus a marito exactas semper mulier in solidum exiget. Sed si quæritur, quas res mariti in eam caussam sibi hypothecæ nomine obligatas habeat: cavet Justinianus, ut habeat omnes, si in nominibus marito dandis nihil de pignore convenit. Quod si de quibusdam rebus nominatim convenit, ut mulieri pro pecuniis exactis pignori essent: tum jubet illam his esse contentam pro cautela sua, idest, pro omni pignore, in quo cautio debiti continetur. *d.* §. *ult. Inst. quib. mo. re cont. oblig.* Sed an non hac parte saltem illa constitutio huic loco contraria videbitur, quod cavet, ut ei mulieri, quæ de pignore nihil convenit, omnes res mariti pignori obligatæ sint: quæ autem nominatim convenit de quibusdam, ei hæ solæ sint obligatæ? ita enim efficitur, ut conventio aperta de pignore in ea specie mulieri noceat: cum hoc loco constituatur eam conventionem atque adeo pignus ipsum acceptum creditori non nocere, ut qui propter pignus nihil de exactione debitæ quantitatis amittat. Nequaquam vero hæc contraria videri debent. Nemo enim creditor obligationi pignus adjiciendo de rebus jam pactis quidquam mi-

minuit, sed eas confirmat potius. At futuris, et iis quæ a lege offeruntur, ea conventione potest obstare: quod tunc accidit, cum pignus tacitum lege creditori defertur hac conditione, *si de pignore nihil nominatim sibi caverit*. Sic enim fit, ut sibi de eo cavendo, tanquam conditione deficiente, beneficium legis non sentiat, ut in caussa superiore. Cur autem placeat in ea specie pignus tacitum mulieri denegari, si de pignore aperte convenisset, quæri potest. Et visum est non esse iniquum, eam conventionem coerceri, vel ut disceret mulier tam sollicite pignus non expetere a marito, ubi ei de ea re satis lege cautum esset; vel ut auxilio legis proposito, disceret suum consilium legis providentiæ non anteferre; aut si anteferret, suo solum frueretur, legis autem beneficio, quod contempsit, careret. Qua ratione nominatim idem Justinianus usus est in beneficio inventarii iis heredibus denegando, qui neglecta forma ab eo de eo genere constituta deliberationem ex vetere ritu petiissent. in *L. ult. §. sin autem hoc aliquis, C. de jur. delib.*

Ad L. Si institorem. 29.

Paulus lib. 4. ad Plautium.

Si institorem servum dominus habuerit: posse dici Julianus ait, etiam condici ei posse: quasi jussu ejus contrahatur, a quo præpositus sit.

SUMMARIUM.

1. *Ex institoris servi filiive familias contractu tenentur dominus et pater non tantum institoria, sed etiam ex persona sua quasi jussu eorum contractum esset.*
2. *Institor si potestate non fuit, is qui præposuit, tenetur institoria ex contractu institoris, non directo tanquam cum eo contractum sit.*
3. *Institoria, an directo utrum conveniatur quis ex contractu institoris sui, quid intersit.*

Institor est, qui tabernæ vel alicui alii negotiationi exercendæ a domino præpositus est: dictus ex eo, quod negotio gerendo instet. *L.* 3. *infr. de inst. act.* Si quis quid cum institore contraxerit ejus rei caussa, cui institor præpositus est, obligatur is, qui præposuit. *L. cuicunque*, §. *non tamen infr. de inst.* At cujus ex contractu? utique institoris: unde et actio in eam rem prodita a prætore, quæ institoria appellatur. §. *eadem*, *Inst. quod cum eo.*
1 † Sed an et ex hac caussa quasi ex suo contractu conveniri potest? Et hic scriptum est, si institorem servum dominus habuerit, etiam ei qui præposuit, condici posse. Id in §. *ult. Inst. quod cum eo.* Sic explicatur, ut dicatur posse ei condici directo: et hoc, *directo*, ibidem prius ita declaratur, ut dicatur posse ei condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Unde intelligimus id hoc loco responderi, eum qui institorem præposuit, non tantum ex contractu institoris servi tanquam ex ejus contractu conveniri posse institoria; sed etiam quasi ex suo contractu, propria conditione: ut illa actione quodammodo conveniatur alieno nomine; hac conveniatur suo. Atqui certum est, quod cum institore contractum sit, id cum domino non contrahi, utpote absente, nec consentiente: alioqui quid opus fuisset novam actionem institoriam adversus eum introducere, cum suo nomine et ex contractu suo teneretur? Quomodo autem ex contractu suo conveniri potest, qui nihil contraxit? Ideo indigebat superior sententia confirmatione: quæ et hic addita est, sed apertius in *d.* §. *ult. Inst. quod cum eo.* Ergo fatentur veteres, si quis cum institore servo contraxerit, re vera cum domino contractum non esse; sed tamen perinde habendum, quasi principaliter cum eo contractum esset: idque ideo, quia *quasi jussu ejus contrahatur*: sic enim verba sunt hujus loci. Vel ut scriptum est in *d.* §. *ult. Inst. quod cum eo*, ideo, *quia jussu ejus contractum intelligitur*: eodem sensu. Quod dicitur, si quid cum institore servo contractum sit: perinde esse, quasi cum domino contractum esset: ex persona servi recte constituitur. Potestas enim servi, quæ domini est, facit, ut factum servi in contrahendo, factum domini intelligatur, quoties aut quid acquirit servus, aut jussu domini se obligat. *L. ult. infr. de stip.*

stip. ser. §. *ei vero*, §. *post mortem*, *Inst. de inut. stip. L.* 1. *resp. infr. de verb. obl.* et tamen natura semper verum est, servum contraxisse, non dominum: ut sic recte dicatur non dominum contraxisse, sed perinde haberi, quasi contraxisset. Quod autem dicitur, cum servus institor contraxit, quasi jussu domini cum eo contrahi, seu jussu domini contrahi videri: verendum est, ne non item recte dicatur. Non enim quasi jussu domini contrahitur, quod vere jussu ejus contrahitur: vere autem jubet servum contrahere, qui eum institorem dat, idest, qui huic rei præficit, ut contrahat. Hinc Ulpianus in *L.* 1. *infr.* quod juss. *quodammodo*, inquit, *cum eo contrahitur, qui jubet.* Dixit quidem quodammodo contrahi, quia re vera non contrahitur, etsi jure perinde habetur: sed dixit aperte *qui jubet*, quia etsi cum domino non contrahitur, vere tamen is jubet contrahi, cum dat institorem. Quæ res præbuit caussam Accursio, ut hic particulam *quasi* diceret esse expressivam veritatis. Sed nihil hac interpretatione opus est. Cum contractum est cum servo institore, non male utrumque dici potest: et re vera cum eo jussu domini contractum esse, et re vera non esse contractum; sed videri tantum, seu perinde haberi, quasi jussu ejus contractum esset. Re vera jussu ejus contrahitur, sed ab institore: is enim vere jussus est id facere. Rursum re vera jussu ejus non contrahitur, si de utroque contrahente loquimur: propterea quod solus institor jussus est, non is qui cum eo contrahit: totum autem contractum ex utriusque contrahentis consensu æstimamus. Quare utrum dicamus, in re nihil interest. Utraque autem ratione superiore id exprimitur, quod ex Ulpiano supra retulimus, quodammodo cum eo contrahi, qui jubet. *d. L.* 1. *infr. quod juss.* Hæc ratio sive verba spectes, sive rem, in dominum qui servum, aut in patrem qui filium quem in potestate habet, institorem dedit, solum convenit. Horum enim solum est jubere: unde et soli ex contractu servi, filiive tenentur quod jussu. *L.* 1. *in pr. L.* 2. §. *ult. infr. quod juss.* Cur autem servo contrahente, videatur dominus contraxisse, potestas servi in caussa est: quæ facit ut hujus factum videatur esse factum domini, ut supra dixi: idemque est, si filiusfam. contrahat. *L. ult. infr. de stip.*
2 *ser.* † Hæc potestas cum nulla sit in eo institore, qui sui juris est: nihil est, cur eo contrahente existimari possit contraxisse is, qui eum præposuit: neque enim eadem persona utriusque videri potest. Non abs re est igitur, quod Paulus hoc loco de institore servo loquitur: et cum ei qui institorem dedit condici posse diceret: nominatim hanc conditionem addidit: *si institorem servum dominus habuerit*: ut intelligeremus hac conditione adversus dominum ex contractu servi directam condictionem dari posse; diversum esse, si de institoris, qui sui juris esset, contractu ageretur. Et certe non factum, aut quæstionem ex facto in persona servi Paulus hic proposuit, ut quis dicat eum persona servi exempli loco uti: sed cum definitione rem complecteretur, conditionem illam adjecit. Inepte, si hac deficiente nihilominus idem juris est. Scriptum quidem ita est in *d.* §. *ult. in fin. Inst.* quod cum eo, *ei quoque qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet.* Sed quod verbis generaliter dictum est, et sine distinctione eorum, qui institoria tenentur, sententia scribentis ad dominum tantum et patrem referri debet: quod et ex præcedentibus, et ex ratione subjecta plane liquet. Nam prius Justinianus condictionem hanc directam dederat nominatim adversus patrem dominumve ex hac caussa, si quid eorum jussu contractum esset. Nunc dat ex hac quoque caussa, si quis ex institoria aut exercitoria caussa teneatur. Hæc particula *quoque* easdem personas connectit. Ut nihil aliud, certe ratio subjecta ad has solum pertinet. Ideo enim ait: *ei qui institoria tenetur, condici posse, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.* Jam dixi proprie dici quid jussu fieri, quod fit jussu ejus cujus in potestate sumus, non aliorum. Sed et illud, quod in *L. si quis mancipiis*, §. *ult. infr. de inst.* ita scribitur: *ex hac caussa etiam condici posse verum est*, ad speciem quæ illic præcedit referri debet: quod fieri debere demonstrativa particula ostendit, quæ ad proxima refertur. In ea autem specie de institore servo actum erat. Ex ea caussa condici posse verum est, quod et hic ab eodem auctore traditur. Quod si placet id generaliter et absolute definitum esse: non ideo tamen superiori sententiæ adversabitur. Quia ut verum sit ex contractu institoris condici posse: satis est, si aliquando potest condici, etsi non semper. † Sed si is qui in- 3
stitorem dedit, tenetur ex contractu institoris actione institoria: cui bono quærere, an ei quoque directo condici possit? Quid enim interest, qua actione teneatur, dum eum teneri constet, et creditor ab eo suum con-

consequatur? Vulgo putant nihil amplius hic interesse, quam conceptionem actionis, quæ in eo sit, quod qui institoria agit, propria quidem actione utatur, quæ competeret, si adversus institorem ageretur, sed cum hac adjectione, ut dicat institoriam: qui autem condicit, actione utatur sine illa adjectione: traditum ab Accursio in §. *ult. Inst. quod cum eo. et L. si tamen*, §. *ultim. infr. de exer.* Atqui omnium consensu hæ adjectiones de peculio, de in rem verso, quod jussu, institoria, et similes diversam actionem non faciunt: sunt enim ejusdem actionis adjectiones, non propria nomina actionum. Ut puta, si filiifamilias negotium gestum est, si quidem sine mandato: ut filius, sic tenetur pater negotiorum gestorum, quamvis de peculio. Si mandatu filii: tenetur pater quoque mandati, quamvis cum adjuncto de peculio. *L. mandasti, supr. de neg. gest. L.* 3. Cui congruit. *infr. de pecul.* Idemque in reliquis adjectionibus probandum est. Hac ratione inter actionem institoriam, et directam condictionem ne verbis quidem quidquam intererit, si proprium nomen utriusque, non adjectionem spectamus. Sed nec una utilis dicenda est, altera directa. Nam institoria cum edicto aperte proposita sit: directa est et ipsa, non utilis. Ego in re discrimen esse puto, non in verbis: idque ex his quæ diximus, non difficile intellectu est. Dominus qui institorem dedit, ex hujus contractu tenetur institoria, sed non principaliter; verum ex persona et contractu institoris, et quodammodo hujus nomine. Idem tenetur condictione, sed directo et principaliter: nempe ut ex persona et contractu suo, proinde suo nomine. Utrum horum dicatur, in re ipsa multum interest. Effectus in liberatione institoris cernitur. Finge servo institori accepto ferri a creditore, quod institor promisit; aut creditorem id ipsum, quod servus debuit, ab alio stipulari novandi animo. Utroque modo liberatur servus naturali obligatione, qua tenebatur. Eadem vero opera fit, ut liberetur et dominus institoria: hæc enim ex contractu et obligatione institoris competebat. Principali obligatione sublata, liberantur una quoque et accessiones, et omnes qui ex ea caussa tenebantur. *L. in omnibus speciebus, infr. de sol.* Et quamvis liberato servo maneat etiam adhuc in persona domini civilis obligatio, quæ in persona servi cum nulla esset, in eo tolli non potuit: tamen obligatione naturali exstincta, civilis inutilis constituitur, fitque etiam eo modo, ut liberentur et accessiones. *L. quod si maritus*, §. 1. *infr. de pec. const. L. Stichum*, §. *naturalis, infr. de sol.* Itaque si fingeremus in proposito dominum institoria solum teneri, eveniret, ut servo institore ita liberato, ut diximus, una quoque et dominus in totum liberaretur. Quod si etiam domino ex ea caussa directo condici potest, idest, si tanquam ex suo contractu principaliter tenetur, ut eum teneri dicimus: sublata institoris obligatione, manet nihilominus adversus dominum condictio: quia hæc ex alia caussa est, quam ea, ex qua institor liberatus est. Denique duo sunt hic principales debitores, institor et dominus: uterque ex diversis caussis, idest, ex suo quisque contractu separatim obligatus. Uno aliter quam solutione rei debitæ liberato, non ideo liberatur alter. Neque enim hic duo sunt rei debendi: sive quod non id actum est, ut essent: sive quod in utriusque persona impar est obligatio. In uno naturalis tantum; in altero civilis et naturalis: quod duorum reorum debendi obligationi adversatur. *L. eandem*, §. 1. *infr. de duob. reis.* Quæ omnia multo planius procedunt, si fingas a patre filium, quem in potestate habet, institorem datum esse, et hunc ex caussa institoria liberatum. Nam hic ut quivis paterfamilias prius obligabatur. *L. filiusfa. infr. de obl. et act.* Plane si institor vere creditori solverit, ita tota tollitur obligatio, ut liberetur dominus etiam condictione: quia non est amplius res, quæ debeatur.

Ad L.



Ad L. Qui pecuniam. 30.

Idem lib. 5. ad Plautium.

Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo, se ei obstringat.

S U M M A R I A.

1. *Promissor qui promisit se pecuniam, quam postea mutuam accepisset, redditurum, neque tenetur pecunia non accepta; nec offerente creditore accipere cogitur, et cur.*
2. *Nec is tenetur accipere pecuniam mutuam; qui se accepturum aperte promisit, etiam si sub usuris.*
3. *Promissor non tenetur, per quem fiat, quominus conditio impleatur, si conditio etiam non adjecta ex jure inest.*
4. *Promissor pecunia quam se redditurum promisit, non accepta, ipso jure non tenetur.*

QUI pecuniam creditam accepturus erat, spopondit creditori futuro se eam pecuniam, quanta dicta erat, redditurum, nec postea accepit. Observandum est, quid hic secutum proponatur. Non enim postea stipulator se eam pecuniam numerasse dicit, et tanquam numeratam petit: quod si faceret, jure promissorem obligatum esse intenderet; etsi agens removeretur doli mali, aut non numeratæ pecuniæ exceptione. *L.* 2. §. *circa*, *vers. proinde*, *infr. de dol. mal. exc. L.* 3. *C. de non num. pecu.* Sed stipulator ultro pecuniam non numeratam confitens, paratus nunc est eam numerare, atque eam etiam offert promissori, verum ille accipere recusat. Quæritur, an is in ea recusatione ex stipulatione obligetur. Et cur non obligetur, dixerit aliquis? cum si pure promisit, constet unumquemque ex stipulatione jure civili statim obligari. §. *de constituta*, *Inst. de act.* Si sub conditione: perinde sit quasi conditio exstitisset, quia per eum stet, quominus impleatur? *L. in exsecutione*, §. *ult. infr. de ver. ob. L. jure*, *infr. de cond. et dem.* † Hic traditur
1 promissorem in potestate habere, ne accipiendo se creditori futuro obstringat: idest, in potestate habere, non accipere, et non accipiendo efficere; ne stipulanti obligetur. Quæ sententia vulgo parum liquet: verentur enim, ne pugnet cum ea regula juris, qua traditur renunciare semel constitutæ obligationi adversario non consentiente neminem posse. *L. sicut*, *C. de obl. et act.* Item cum eo, quod multis locis testatum est, ex hac cautione si stipulator agat, obstare ei doli mali, aut non numeratæ pecuniæ exceptionem. *L.* 3. *L. in contractibus*, *C. de non num. pec. d. L.* 2. §. *circa*, *infr. de dol. mal. exc.* Neque enim esset exceptio in hac caussa, nisi adversus intentionem jure civili constitutam. *Inst. de exc.* Sed nihil verius, quam promissorem in ea caussa, quæ proponitur, ex supra scripta stipulatione nullo modo obligari. Quod ut intelligatur, videndum est, quam ad rem eum inde obligari velimus. Et omnino hanc obligationem esse oportet, vel ut pecuniam accipiat, quæ offertur, vel ut promissam reddat. Quod si neutram ad rem obligatus est, omnino non obligatur. Primum hoc ratum esse debet promissorem in proposito ad pecuniam accipiendam non obstringi. Sic enim ad id obligatur, si eam se accepturum promisit. Atqui palam est hoc eum non promisisse: quæcunque enim hic conventio est, sive est pactum sive stipulatio, nihil amplius promisit qui pecuniam accepturus erat, quam se eam summam, de qua convenerat, redditurum: sub conditione nimirum, si accepisset. Quæ conditio si adjicitur, bene est: si non adjicitur, tamen satis exprimitur verbo reddendi: quoniam proprie non redditur, nisi quod acceptum est. *L. verbum reddendi*, *infr. de ver. sig.* Eaque in hac specie sententia est contrahentium. Hoc enim agebatur, ut reus postea pecuniam acciperet, quam acceptam postea redderet. Hac conditione, si pecuniam acceperit, non promittit quisquam se accepturum: quoniam conditio nihil affirmat, nihil statuit. *L. si quis sub conditione*, *infr. si quis omis. cau. test.* Quod si quis contendet pecuniam simpliciter et sine conditione hic promissam, quia promittebatur tanquam jam accepta, utpote ab eo, qui se certo accepturum sperabat: etsi hoc non ita est; et aliud pactum esse, ex re

re ipsa et confessione adversarii apparet: non tamen hoc concesso efficitur tanto minus ad accipiendam pecuniam se obstrinxisse eum, qui ne conditionem quidem de ea accipienda interposuerat. Quapropter qui huic loco adversari putant, quod dicitur semel contractæ obligationi renunciare, invito adversario, neminem posse: *d. L. sicut, C. de oblig. et act.* perspicuum est eos qua de re hic agatur, non animadvertere: stipulatio enim proponitur de pecunia accepta reddenda, non de accipienda.
2 † Ego autem amplius existimo, etsi quis aperte promisisset stipulanti se pecuniam mutuam accepturum: tamen ex ea promissione eum non obligari, ut accipiat. Inventæ sunt enim stipulationes, ut unusquisque sibi acquirat, quod sua interest; cæterum ut alii detur, nihil interest stipulantis. *L. stipulatio ista, §. alteri infr. de ver. obl.* proinde nec illud, ut mutuum detur promittenti. Sed et illud ad substantiam obligationis pertinet, ut obligetur quis ad dandum aut faciendum alteri, quam sibi ipsi: denique ut inter duos sic constituatur obligatio, ut sit unus, qui præstet, alter cui præstetur. *L. 3. infr. de obl. et act. et d. §. alteri.* At qui mutuum accipit, sibi ipsi acquirit, non alii: quare ut accipiat, obligari non potest. Merito: totum enim hoc ut quis accipiat, accipientis caussa cavetur, non creditoris. Certi autem juris est, licere unicuique iis quæ pro se cauta sunt, renunciare. *L. penult. C. de pac. L. si judex, supr. de min.* Dicet aliquis sic sane debitoris nihil interesse, si hoc solum convenerit, ut pecuniam acciperet, neque redderet: ideoque hoc casu mirum non esse, si accipere non cogatur. At quid si convenerit ut acciperet, et redderet? nonne jam ideo accipere necesse habebit, quia totum hoc non illius solum caussa caveatur, sed et creditoris? Puto neutram ad rem promissorem obligari. Non ad accipiendum: quia in accipiendo, quatenus accipit, alteri nihil præstet, sed sibi: tantumque in eo utilitas ejus agatur, non alterius. Non ad reddendum: quia ad reddendum obligatur sub conditione, quæ illo uon accipiente deficit: esse autem debet in ejus potestate conditionem hanc non implere, ut postea dicetur. Quid, si stipulatoris intersit pecuniam accipi propter usuras? Finge quem promisisse se pecuniam accepturum, et præterea ejus pecuniæ usuras, de quibus inter contrahentes convenit. Ne sic quidem promissorem obligari dixeris, ut pecuniam accipiat: quia ut propter has usuras stipulatoris intersit pecuniam accipi, prius est, ut ad eas usuras præstandas promissor ex stipulatione teneatur: quod secus est. Usurarum enim stipulatio omnis etiam quæ verbis pura est, tamen natura rei tacitam hanc conditionem habet, si sors accepta soluta non sit. *L. lecta, infr. eod.* Itaque tota sorte soluta usuræ non debentur. *L. tutor, §. Lucius, infr. de usur.* Si pecunia mutua ultro accepta, licet eam statim solvere, et hoc modo efficere, ne et pecunia et usuræ debeantur: multo magis pecunia ab initio recusata, hoc idem promissor consequi debebit propter stipulationis usurarum conditionem: difficilius enim obligatio semel contracta dissolvitur, quam ab initio rebus integris non contrahitur. *L. sicut, C. de obl. et act.* Ita fit, ut nullo modo hic obligetur promissor ad pecuniam accipiendam, qui de ea accipienda nihil cavit: cum etsi id se facturum promisisset, nulla esset obligatio, quamvis et de usuris ejus pecuniæ convenisset. Et quidem de eo nulla hic dubitatio est. Restat, ut si promissor ex proposita stipulatione obligatur, obligetur ad pecuniam reddendam, quam et se redditurum promisit. Hoc vero est, quod solum hic habuit dubitationem. Etsi enim natura nemo ad reddendum tenetur, qui prius non accepit: tamen cum hic per promissorem fiat, quominus pecuniam accipiat, juris ratio suadere videtur, ut perinde teneri debeat, quasi accepisset: promisit enim sub conditione, si acciperet. Quoties autem per debitorem stat, quominus conditio impleatur, quasi conditio extitisset, ita obligatur. *L. jure, infr. de con. et dem. L. in exsecutione, §. ult. infr. de verb. obl.* Et huic dubitationi hoc responso occursum est: quo docemur nihil in hac cautione obesse conditionem, quominus sit in potestate promissoris pecuniam non accipere, et ita consequi ne obligetur. Nec regula superior de conditione est impedimento. † 3
Conditiones enim, quæ etsi non exprimantur, natura rei tacite insunt, pro conditionibus non habentur, et quamvis exprimantur, non tamen reddunt legata conditionalia, multoque minus stipulationes. *L. conditiones extrinsecus, L. aliquando, infr. de con. et dem.* Unde in contractibus, qui nomen non habent, ut permutatione, licet ei ex contrahentibus, qui nondum accepit, non accipere, et eo facto consequi ex pœnitentia, ne accipiendo obligetur. *L. 3. L. 5. in pr. infr. de condict. cau. dat.* cum tamen obligetur hac conditione, si acceperit. *L. ex placito, C. de rer. per.* Sed hæc conditio et jure inest, cum jure quis

non

non obligetur ex hujusmodi contractibus, nisi ea conditione. Talis est autem hæc: pecuniam reddam, si acceperim. Nam etsi ea non adjiciatur, non possum tamen per rerum naturam reddere, nisi acceperim. Qua ratione in pignore dando placuit non videri eum pendente obligationis conditione pignus dedisse, qui pecuniam ab aliquo accepturus de pignore cum eo convenit prius, quam pecuniam accepisset: nec similem esse ei, qui cum sit sub vera conditione promissor, pendente ea conditione pignus creditori dedit. *L. potior*, *L. qui balneum*, *infr. qui pot. in pign. L. pen. infr. quæ*
4 *res pig. obl. pos.* † Quid ergo? qui pecuniam spopondit creditori futuro, omnino nec ipso jure obligatur, si pecuniam non accipiat, aut non prius quam accipiat? Consequens est superioribus, non obligari: idque et verba hujus loci satis ostendunt. Dicitur enim promissor spondere pecuniam creditori futuro, ut intelligamus non esse creditorem, qui nondum pecuniam numeravit. Aperte etiam dicitur promissor in potestate habere, ne accipiendo se obstringat: quibus verbis declaratur pecunia non accepta, nondum eum obligatum esse, sed obligationem ex ejus potestate pendere. Hoc loco opponuntur illi loci, quos supra indicavi, quibus in hac ipsa specie, cum quis quasi pecuniam accepturus spopondit creditori futuro, nec accepit: placet si ex cautione conveniatur, posse eum se tueri exceptione vel doli mali, vel non numeratæ pecuniæ. *L. 3. L. in contractibus*, *C. de non num. pec. L. 2. §. circa*, *in fin. infr. de obl. et act.* Qua sententia negari non potest, quin efficiatur promissorem ex hac stipulatione jure civili esse obligatum: nam, ut dixi, non est exceptio nisi adversus actionem jure comparatam, §. 1. *et deinceps. Inst. de excep.* Itaque hic non habet melius Bartolus, quo se expediat: quam ut dicat cum Accursio eum qui pecuniam quam non accepit, promisit se redditurum, jure civili obligari, sed non cum effectu, quia tutus sit exceptione. Sed hæc sententia et his quæ de conditione hujus promissionis disseruimus, et verbis hujus loci satis refellitur. Non laborarent in hac re vulgo, si horum locorum dissimilitudinem observassent, et in his quæ essent differentiæ ratio, satis attendissent. Meminisse enim debemus, quod initio posui, agi hic de eo promissore, non solum qui quam pecuniam cavit se redditurum, eam non acceperit; sed etiam de quo constet eum non accepisse, idque adversarii ipsius confessione: ut qui pecuniam de qua convenerat, numerare paratus esset, eamque nunc offerret. De quo promissore id constet, eum non obligari recte dicimus: nihil enim proponitur ne ab actore quidem, cur obligetur, cum promiserit pecuniam, si eam accepisset: actor autem ipse fateatur eum non accepisse. At in supra scriptis locis, in quibus adversus stipulatorem exceptio promissori datur, licet observare, agi de eo promissore, qui non acceperit quidem et ipse pecuniam, quam promisit, sed tamen cum quo creditor ita agat, quasi pecuniam numerasset: unde et ab illo exigitur, ut a se numeratam probet. Hoc quidem expressum est in *d. L. 3. C. de non num. pec.* Cum ita agit creditor, sic cum reo agit, ut cum vere obligato: esset enim vere obligatus, si pecuniam accepisset. Nec ad rem pertinet, quod forte pecunia illi numerata non est, et sibi non esse numeratam dicit: de eo enim non constat, et in re dubia cautio seu chirographum promissoris adversus eum facit: cui jure civili tandiu standum est, quoad aliquid contra probetur. Hinc obligatio et actio juris civilis in re dubia: quam actionem si procedere non velimus, necesse fuit exceptionem proponere. Unde et exceptio prodita pecuniæ non numeratæ, seu doli mali, si de ea numeratione esset controversia. In re certa ipsa cautio se esse inanem ostendit: cum per rerum naturam nulla sit redditio ejus rei, quam non acceperis: ac de ea specie, ut dixi, hic agitur. Itaque qui in hunc locum invehunt disputationem de exceptione pecuniæ non numeratæ, deque obligatione literarum, quibus locus esse non solet, nisi creditore pecuniam ut a se numeratam petente: nihilo convenientius faciunt, quam si hoc loco de commodato et deposito tractarent, quia et hi re fiunt, ut mutuum, aut etiam de quibusvis aliis rebus a proposito alienissimis.

Ad L.



Ad L. Cum fundus. 31.

Idem lib. 17. ad Plautium.

Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset: puto hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum caussa omnis restituenda sit: idest, omne, quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore solutus fuisset.

S U M M A R I A.

1. *Mora facta, quæ quibus judiciis præstanda.*
2. *Caussa omnis post litem contestatam præstanda: quid caussæ verbo hic contineatur, et cur sic dicta.*
3. *Judicium acceptum.*
4. Post judicium acceptum *cur adjectum.*
5. *Post moram cur caussa non præstetur.*
6. *L. non potest. D. de jud. explicatur.*

1 CUM † mora a possessore aut debitore facta est, quæri solet, an omnia actori præstanda sint, quæ habiturus esset, si res possessa debitave sine mora ei restituta aut soluta esset: quo in numero sunt rei prætium, si ea perierit, aut deterior facta sit; fructus et partus; item et quæ rei accesserunt, quæve extrinsecus per servos acquiri possunt. Et pro eo tempore, quod litem contestatam antecedit, non omnia hæc omnibus judiciis seu actionibus præstantur. Pretium quidem rei quod fuit, cum mora facta est, semper debetur et in omnibus judiciis, si res deinde perierit, aut deterior facta sit. *L. illud, supr. de pet. her. L. item si verberatum, §. ult. supr. de rei vind. L. cum res, §. ult. infr. de legat.* 1. *L. si ex legati, L. nemo rem, §.* 1. *infr. de verb. obl.* Fructus vero et partus, itemque omnes accessiones in bonæ fidei judiciis, nec non legatis et fideicommissis æque ex mora præstantur. *L.* 3. *L. equis, L. usuræ, infr. de usur.* Idem servatur et in judiciis arbitrariis. *d. L.* 3. §. 1. *de usur.* proinde et in actionibus in rem et ad exhibendum: nam hæ sunt arbitrariæ *L. in actionibus, infr. de in lit. jur. L. qui restituere, in fin. supr. de rei vind.* In strictis autem judiciis, quibus id petitur, quod nostrum non fuit, veluti ex stipulatu placet nos fructus non consequi, quamvis mora facta sit. *L. videamus,* 2. §. *si actionem, infr. de usur.* Cujus sententiæ rationem diligentius exposui et in commentario de fructibus, et in *L. si filiusfam. §. ult. infr. de verb. oblig.* Quo posito consentaneum videri poterat idem in hoc genere et post litem contestatam admitti. Nam qui judicium accipiendo litigare mavult, quam rem restituere, quid aliud quam moram facit? *L. nemo rem, §.* 1. *infr. de verb. obl.* Sed hoc non placuit. † Ne ergo hic 2
nos horum temporum similitudo falleret, de tempore quod litem contestatam sequitur, sine distinctione rerum superiorum, itemque judiciorum generalis sententia traditur: post judicium accceptum omnem caussam actori præstandam esse: Sententia multis locis pro certo jure a veteribus usurpata, ut hic, et *L. præterea, supr. de rei vind. L.* 2. *L.* 3. §. 1. *d. L. videamus, §. si actionem, infr. de usur.* Ea autem significatur, superiora illa quæ dixi, et omnia et omnibus judiciis sententia judicis actori esse restituenda. Quod ita esse, verborum sententia cognita, intelligetur. Vult definitio omnem caussam præstandam esse. Caussam dixerunt veteres id omne, quod habiturus esset actor, si tempore litis contestatæ res petita restituta, solutave esset, ut hic explicatur, et *d. L. præterea supr. de rei vind.* Quibus verbis continentur illa, quæ supra posui: rei æstimatio, si perierit res, aut deterior facta sit: rei petitæ fructus et partus: quod rei petitæ accessit, ut quod per alluvionem accrevit, ut ususfructus qui ad proprietatem rediit: tum quæ a servo petito quæsita sunt, quævе quæri potuerunt. *L. illud, supr. de pet. her. d. L. præterea, de rei vind. d. L.* 2. *L. equis, L. videamus, §. si actionem, infr. de usur.* Caussa sic dicta, ut sit continens pro contento. Caussa pro eo, quod in caussa et lite versatur, seu quod in judicium deductum est. Omnia autem vi ipsa deducta intelliguntur, quæ ex re petita actor, si sibi restituta esset, consequi potuit: quo in numero superiora esse, ideoque et illa in judicio versari, ac propterea eorum omnium officium judici simul atque judex factus est, incumbe-

be-

bere Ulpianus vim hujus verbi explicans
scribit in *L. ædiles*, §. *item sciendum*, *in-*
3 *fr.* de æd. ed. † *Post judicium acceptum*
valet, post litem contestatam. Quod etsi
ex aliis locis notissimum est: tamen ne quid
necesse sit alios requirere, satis ex hoc
ipso ostenditur, cum judicium acceptum
Paulus postea vocat litem contestatam. Sed
et Papiniani definitio de eadem re ita fere
concepta legitur, ut pro his verbis, *post*
judicium acceptum, dicat post litem con-
testatam, *L.* 2. *et L.* 3. §. 1. *infr. de usu-*
4 *ris.* † Cur ergo hic additur, *post judicium*
acceptum, cum et ante judicium acceptum,
mora facta, superiora illa præstentur? quia
ante præstantur, sed non in judiciis omni-
bus: at post judicium acceptum in omni-
bus, etiam in quibus ante non veniunt,
d. L. videamus, §. *si actionem.* At hoc si
ita est, cur Paulus hoc loco cum diceret
post judicium acceptum caussam præstan-
dam esse, adjecit: cum res petita est *per*
condictionem, quæ actio est in personam
stricti juris? Non utique ut cætera judicia
excluderet, quæ sunt bonæ fidei aut arbi-
traria, quales sunt actiones in rem: quod
esset absurdum, cum in his judiciis omnia
sint pleniora, et benignius ac prolixius ac-
cipiantur; sed ut ostenderet in condictione
quoque, idest, in actione in personam
æque eandem definitionem servari. Quod
ideo fecit, quia ejus temporibus non ca-
ruit res dubitatione. Sciendum est enim,
ut post judicium acceptum id actori præ-
stetur, quod habiturus esset, si eo tem-
pore quo res petita est, restituta esset, pri-
mum inductum fuisse oratione Hadriani in
petitione hereditatis. *L. illud*, *supr. de pet.*
her. Quod jus deinde facile translatum est
ad singularum rerum vindicationes: *d. L.*
præterea, *supr. de rei vind.* idque pro-
pter similitudinem judiciorum: nam et hæ
in rem sunt, itidem ut petitio hereditatis.
Qua ratione quod de dolo præterito præ-
stando in petitione hereditatis juris erat,
in speciali in rem actione idem Paulus re-
cipi debere argumentatur in *L. sin autem*,
§. *si homo*, *supr. de rei vind.* Sed num
idem producendum esset et ad actiones in
personam, apud veteres dubitatum, et va-
riatum est. Nec abs re. Actione enim in
rem petimus, quod nostrum est; condi-
ctione id, quod nobis debetur. *L. actio-*
num, *infr. de obl. et act.* Res debita, quo-
cunque jure nobis debeatur, semper alie-
na est, non nostra. *L.* 3. *infr. de obl. et*
act. Neque vero in rebus alienis quantum-
vis debitis idem juris habemus, quod in
nostris. Sed tamen obtinuit et in actioni-
bus in personam idem jus servari oporte-
re: quod testatur Papinianus in *d. L.* 2.
infr. de usur. his verbis: *Vulgo receptum*
est, ut quamvis in personam actum sit,
post litem tamen contestatam caussa præ-
stetur: et mox hanc sententiam opinionem
vocat. Id ipsum est, quod de condictione,
idest, actione in personam et Paulus hoc
loco confirmare voluit adversus superiorem
dubitationem. Ideo ait se putare in hoc ge-
nere caussam præstari: et putare se hoc
nos jure uti: quæ omnia verba eorum sunt,
qui non de jure aperto et constituto re-
spondent; sed de eo, quod positum sit in
ratione æquitatis, et receptum plurium au-
ctorum sententiis. Atque hanc fuisse sen-
tentiam Sabini et Cassii, quæ æquitate so-
lum defenderetur, non constituto jure, idem
Paulus testis est in *d. L. videamus*, §. *si*
actionem, *de usur.* Sic igitur definitio hu-
jus loci exaudienda est, quasi dictum es-
set: etiam cum fundus, vel homo per con-
dictionem petitus est, tamen hoc jure nos
uti, ut post judicium acceptum omnis caus-
sa restituenda sit. Ut jam efficiatur hæc sen-
tentia juris certi: post litem contestatam in
judiciis omnibus tam in rem, quam in per-
sonam caussam omnem actori præstandam
esse: idest, illa omnia quæ his verbis con-
tineri supra diximus. † Sed cur potius post 5
litem contestatam, quam ante, si nihilo-
minus et ante mora facta est? Ratio hæc
redditur in *d. L.* 2. *de usur.* quia tale quid-
que præstandum sit, quale est, cum pe-
titur. Recte: non enim videtur tale præsta-
ri, nisi cum re omnia præstentur, quæ res
secum allatura esset petitori. Illud ad hæc
distinguenda certius videtur, quod supra
jam dixi, superiora omnia litis contestatio-
ne una cum re in judicium deduci: dedu-
cta officio judicis injungi, ut præstentur.
Ut jam non propter moram, sed quia post
judicium acceptum in judicio versari cœ-
perint, ideo a judice æstimari et possint et
debeant. *d. L. ædiles*, §. *item sciendum*,
infr. de æd. ed. Atqui hac ratione effici-
tur, ut quæcunque res judicio petita sit,
semper post judicium acceptum omnis caus-
sa, id est; quod in judicio versatur, præ-
stari debeat. Cur ergo in hac definitione
concipienda res distinxit Paulus; et addi-
dit, cum fundus vel homo petitus est, id
est, species certa? Et quod in genere a-
ctionis fecit, hoc idem fecit in rebus, de
quibus definitionem concepit: nimirum et
in actione et in rebus eas posuit, de qui-
bus major erat dubitatio: ut si in his post
judi-

judicium acceptum caussa omnis præstanda esset, ex eo liceret colligere de cæteris, de quibus dubitatio erat minor. Res certæ, ut homo et fundus, natura admittunt accessiones et detrimenta. Ut si in his intelligimus non solum corpus ipsum rei petitæ præstandum esse, sed etiam accessiones, et detrimenta æstimanda: continuo intellecturi simus in re petita, quæ talis est, ut superiora non recipiat, multo magis caussam esse restituendam: quia in caussa nihil amplius versetur, quam ea ipsa res, quæ verbis in judicium deducta est. Quod accidit, cum petitur id quod interest, id est pecunia, aut aliud genus, ut vinum ex mutuo. Quo in genere solum præstatur unius temporis æstimatio; *L. ubi*, *supr. de eden. L. vinum*, *supr. eod.* sed ideo; quia ea sola in judicium venit: et natura talis est, ut nec fructus pariat, nec recipiat interitum aut deminutionem. At nihilominus verum est, cum illa præstatur, omnem caussam præstari: quia præstatur id omne quod in judicio versatur, et quod habiturus esset actor, si tempore litis contestatæ res petita restituta esset, ut pluri-
6 bus docuimus ad *L. vinum supr.* † Videamus tamen, ne aut definitio superior falsa sit, aut adversetur ei; quod traditur, non videri in judicium venisse ea, quæ post litem contestatam accidunt: ideoque ad hæc consequenda alia interpellatione opus esse. *L. non potest*, *supr. de jud.* Nam fructus et partus postea editi, item quæ postea accesserunt, quæsitave sunt, omnia post judicium acciderunt: quo fit, ut juxta proximam sententiam eodem judicio obtineri non possint. Sed inter hæc optime convenit. Intelligendum est enim, quod dicitur non videri in judicium venire id, quod post litem contestatam accidit: de rebus principalibus dici, idest, iis ad quas petendas propria actione et interpellatione sit opus; ad accessiones autem rei petitæ non pertinere. Idque ex eo satis intelligitur, quod subjicitur: *et ideo nova interpellatione opus est.* Neque enim accessiones propriam actionem et judicium desiderant, ac ne habent quidem: cum præstentur officio judicis. Et merito hæc sententia ad accessiones rei petitæ non pertinet. Nam si res petita in judicium venit, et semper in judicio versatur, necesse est una etiam cum re in judicium venisse, in eoque versari ejus rei accessiones, ut quæ quodammodo rei petitæ partes sint: certe emolumentum rei continent.

Ad §. Servum tuum.

Servum tuum imprudens a fure bona fide emi. Is ex peculio, quam ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus est. Sabinus, et Cassius posse te mihi hominem condicere. Sed si quid mihi abesset, negocio, quod is gessisset, invicem me tecum acturum et hoc verum est. Nam et Julianus ait, videndum ne dominus integram ex empto actionem habeat, venditor autem condicere possit bonæ fidei emptori. Quod ad peculiares nummos attinet: si exstant, vendicare eos dominus potest. Sed actione de peculio tenetur venditori, ut pretium solvat: si consumpti sunt, actio de peculio evanescit. Sed adjicere debuit Iulianus, non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quam si ei pretium solidum, et quæcunque (si cum libero contraxisset) deberentur, dominus servi præstaret. Idem dici debet, si bonæ fidei possessori solvissem. Si tamen actiones, quas adversus eum habet, præstare domino paratus sim.

SUMMARIA.

1. *Condictio quæ in specie proposita adversus possessorem servi de re illi tradita, quæ domino tradi debuit.*
2. *Lectio notata.*
3. *Dominium transfertur ex falsa caussa quæ subesse putatur, et in venditione si venditor sibi solutum pretium putat.*
4. *Compensationi ubi locus.*
5. *Probat emptionem servi, qui ex ea agit, et qui probat, etiam in solidum adversario tenetur.*
6. *Empti et venditi obligatione quid contineatur.*
7. *Responsi summa.*

SErvum tuum imprudens a fure bona fide emi. Ita servus semper tuus est; ego tantum bona fide possideo. Is servus ex peculio quod ad te pertinebat, homi-

nem

nem paravit: idest, emit, et pretium de peculio tuo numeravit. Qua ex re factum est, ut hic tibi ex empto deberetur, non mihi: quod enim servus bona fide possessus acquirit ex re domini sui, id ad dominum pertinet, non ad bonæ fidei possessorem. *L. acquiruntur*, §. *de his*, *et seq. infr. de acq. rer. dom.* §. *de his*, *Inst. per. quas pers.* Veruntamen cum ego servi tui dominus esse existimarer, homo ab illo emptus mihi tanquam dominus traditus est: itaque et meus factus est. Si servo ipsi traditus esset, mihi non acquireretur; *L. si servus*, *infr. de acq. rer. dom.* sed quia mihi traditus est hoc animo, ut in me dominium transiret: ego voluntate venditoris ejusdemque domini dominus sum effectus, non tu. §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divi.* Quæ res facit, ut tu eum a me vindicare non possis, aut ab ullo alio possessore. *L. in rem*, *supr. de rei vind.* Sed tamen cum tuus is homo esse debuerit, ut qui tibi ex empto tradi deberet; cum præterea iniquum sit tibi perire tuos nummos, ex quibus is homo paratus est: de utraque re hic quæsitum est. Primum de homine, num quam actionem in personam habeas ejus consequendi caussa, et adversus quos: deinde de nummis peculiaribus, num eos possis a venditore cui soluti sint, repetere, et qua actione. De quibus hoc loco ita respondetur, ut statuatur in summa, te hunc hominem propriis actionibus in personam posse petere et a me, et ab ejus venditore: nummos autem si exstant, a venditore vindicare posse: non tamen impune; et adjicitur quomodo te agente tum mihi tum venditori adversus te consulatur. Responsi autem hic ordo et sententia est: Sabinus et Cassius posse te mihi hominem
1 condicere. † Qua condictione? Non indebiti, ut vulgo interpretantur: tu enim eum hominem mihi non solvisti, ac ne potuisti quidem, cum nec tuus esset, nec tu eum mihi vendidisses: nec potest indebiti condictio alii competere, quam ei qui indebitum solvit, et cum quo negotium gestum est. *L. si in area*, *infr. de cond. ind.* Dices te condictione indebiti usurum ex persona venditoris, qui eum hominem mihi indebitum mihi solvit: venditorem enim ex ea caussa habere adversus me condictionem indebiti; eum autem tibi teneri, ut eam condictionem cedat, ut infra dicetur. Nunc utilius esse vitato circuitu, et non expectata ea cessione te recta ea condictione experiri: non quidem directa, attamen utili. Sed inauditum est, et contra juris formam actionem alicui quæsita alteri dari, invito eo, cujus ea est actio, quantumvis is agat, cui eam actionem cedi oporteat: *L. possessio*, §. *ult. infr. de acq. poss.* usque adeo, ut ne utilibus quidem actionibus ex persona creditoris uti possimus, priusquam ille actionem ex aliqua caussa in nos collatam voluerit, puta in solutum dederit, vendiderit, legaverit. *L. ult. C. quan. fis. vel priv. L. postquam*, *L. ex nominis C. de her. vel act. ven. L. ex legato*, *C. de legat.* Nunc autem de eo domino agitur, qui inconsulto ejus hominis de quo quæritur venditore, ultro eum hominem mihi condicat: respondeturque posse eum condicere, non utili condictione, de qua hic nullum verbum; sed absolute condicere, ut directa condictio intelligatur. Nihil pro istis facit *L. dominus*, *infr. de condict. ind.* Nam illic qui nummos a se datos condicit ab eo, cui dederat, condictione sine caussa vel ob caussam id facit, eamque directam habet et ex sua persona, non aliunde. Sed condictio est tibi adversus me ideo, quia ex re tua factus sum locupletior, ut in *L. si eum servum*, *sup. et L. seq. infr. eod.* Est autem hæc condictio ex negotio a me gesto. Nam cum hominem tibi emptum ego ex caussa ejus emptionis, quæ tua erat, mihi paravi, negotium gessi opinione quidem mea meum, sed re vera tuum: feci enim in re tua, quod facere tuum erat: quam veritatem attendimus. *L. ultim. supr. de negot. gest.* Sed si quid mihi abesset ex negotio quod servus gessisset, iidem ajunt invicem me tecum acturum. Ex negotio quod is gessisset, idest, ex ejus emptione. Abest autem quid mihi ex ea caussa, veluti si quid solverim de meo ad supplendum quod pretio deerat; si quid impenderim arrhæ, aut instrumentorum conficiendorum nomine, si quid vectigalis, aut alicujus tributi caussa. Ad eam rem mihi tecum est contraria negotiorum gestorum actio, quæ alienorum negotiorum gestoribus datur de eo, quod in rem alienam impenderunt. NAM ET JULIANUS AIT, VIDENDUM. Prius tibi domino actionem Paulus dedit adversus me, qui hominem a servo tuo emptum et mihi traditum habeo: nunc dat tibi ex Juliani sententia adversus ejus hominis venditorem. Unde apparet id quod sequitur, non esse rationem præcedentis sententiæ. Neque enim tu ideo adversus me condictionem habes, quia potes ejusdem hominis nomine agere adversus venditorem: cum venditor tibi obligetur ex contractu servi a me possessi, per quem et tibi actio ac-

acquiritur; ego autem cum illo non contraxerim, unde ego tibi obliger: ut manifeste hæ actiones distinctas caussas et lon-
2 ge dissimiles habeant. † Quapropter necessario per adversativam hic locus legendus est: vel hoc modo, ut in quibusdam exemplaribus, SED JULIANUS; vel ita, ut in his verbis NAM ET, intelligantur inversæ esse literæ: *nam et*, pro *tamen*: ut sit: TAMEN JULIANUS: quod eandem significationem habet. Est autem hæc sententia. Sabinus et Cassius tibi domino servi a me bona fide possessi dant condictionem, et recte. Sed Julianus, vel, Tamen Julianus recte monet, non esse hanc solam actionem et viam, quia tibi consulatur, quam tamen illi solam posuerunt: posse enim te etiam adversus venditorem hominis agere ex empto. Sed *Julianus videndum ait*, inquit Paulus, *ne dominus integram ex empto actionem habeat*. Dominum intelligit te, qui servi a me possessi ejusdemque emptoris dominus es; at de quo sub secunda persona posita est quæstio; quam personam nunc mutat, ac de te sub tertia persona domini deinceps loquitur. Dixit autem Julianus usitato more veterum, videndum esse, ne dominus ex empto actionem habeat, pro eo quod est, se putare dominum actionem ex empto habere: de quo more vide Duar. *lib.* 2. *Disputat. cap.* 11. Addit te actionem ex empto habere integram: quia si initium spectatur, nulla dubitatio est, quin eam ab initio habueris. Cum enim servus tuus hominem de peculio tuo emit, constabat ex eo contractu statim tibi actionem esse quæsitam *d. L. acquiruntur*, §. 1. *et* §. *de his*, *infr. de acquir. rer. dom.* Sed postquam venditor eum hominem postea bona fide mihi solvit, ex eo cœpit dubitari, an eam actionem habere desieris: quasi ea solutione quæ bonam fidem, et justum errorem habuit, venditor sit liberatus. Et Julianus significat non esse liberatum: ideo eandem actionem, quæ initio fuerat, etiam nunc adversus venditorem tibi integram manere. Recte: Solvit enim ille quidem quod debuit; sed alii, quam cui debuit. Mihi enim eum hominem non debebat, sed tibi, ut ostendi. Alii, quam vero creditori nullo mandato intercedente frustra solvitur, quantumvis debitor existimaverit se aut vero creditori, aut voluntate ejus alii solvere. *L. qui hominem*, §. *si nullo*, *L. solutam*, *infr. de solut.* §. *recte*, *in fin.* Inst. mand. *Venditor autem*, inquit Julianus, *condicere potest bonæ fidei emptori*: id est, mihi, qui servum tuum a fure bona fide emi, ut est a Paulo propositum. Hac actione nimirum fiet, ut venditor eum hominem, qui ab illo servo emptus et mihi traditus est, de quo homine nunc agitur, a me recipiat, receptum deinde tibi tradat, ut illum a principio ex empto facere oportuit: atque ita hac quoque via non minus eum hominem consequaris, quam si ipse mecum egisses. Qua condictione venditor mihi hunc hominem condicére possit, perspicuum est: solvit enim mihi hominem indebitum per errorem, dum me dominum putat, aut hominem ex peculio meo emptum. Falso utrumque: erit igitur condictio indebiti. Sed quomodo condictio venditori, si is hominis venditi et mihi traditi adhuc dominus mansit? Et vero si mansit, condictio illi esse non potest: nemo enim rem suam condicere potest, præterquam a fure. *L. ult. supr. usuf. quem. cav.* §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Et diserte scriptum est in *L. dominus*, *infr. de cond. ind.* eum qui nummorum solutorum dominus mansit, nummos non per condictionem, sed in rem actionem petere debere. † At videamus, ne 3
in hac specie venditor, quamvis homine mihi tradito, ejus nihilominus adhuc sit dominus; idque efficiat lex empti et venditi, de quo contractu nunc agitur. Nam quod attinet ad alias caussas omnes, si quis tanquam ex his debitum mihi solvisset, quod esset indebitum, dominium in me transferret: quia etsi falso caussam subesse existimat, dum tamen putat subesse, rem transferre voluit: ad transferendum dominium rei traditæ voluntas domini sufficit, §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Et quod dicitur non transferri dominium, nisi justa aliqua caussa præcesserit, propter quam traditio sequeretur, *L. nunquam*, *infr. de acquir. rer. dom.* sic accipiendum est: nisi præcesserit aut re vera, aut tradentis opinione. Utrumque enim ad movendam domini voluntatem pariter valet. Quod nisi ita esset, nunquam indebito soluto competeret condictio: cum id indebitum sit, cujus nulla est debendi caussa. Sane si sciens me non esse dominum servi a me possessi, qui hominem emerat, mentitus essem venditori me dominum esse, et ita hominem emptum tanquam mihi indebitum accepissem: ego ejus hominis furtum facerem, nec homo meus fieret. *L. falsus*, *infr. de fur.* Nunc autem servum emptorem bona fide possedi, et hominem ab eo emptum tanquam mihi debitum accepi. Quare ne ab hac quidem par-

parte ullus meus esse potuit, quominus homo meus fieret, si ex alia caussa quam venditionis mihi traderetur. At de homine ex caussa venditionis tradito agitur. De rebus venditis ita placuit, venditas res quamvis traditas non fieri accipientis, nisi aut pretium venditori solutum sit, aut ei aliter satisfactum, vel is fidem emptoris secutus sit de pretio, §. *venditæ*, *Inst. de rer. divis. L. procurator*, §. *pen. infr. de trib.* Quorum nihil in proposito intervenit. Nam cum pretium venditori jure solutum haberetur: neque ego illi aliter satisfacere volui pro pretio, quod putabam illum habere; neque ille fidem emptoris de eo secutus est, cum id se accepisse existimaret. Solutum autem ei vere dici non potest, cum nummi peculiares illi soluti, non sint facti accipientis: ut pote ab eo soluti qui dominus non erat. Unde et dominum servi eos nummos vindicare posse infra traditur. Neque porro solvi intelligitur, quod non fit omni ex parte accipientis. *L. cum quis*, §. *qui hominem*, *L. qui sic*, *infr. de sol.* Quare ex supra scripto jure venditor mansit hominis venditi dominus: et quia mansit, vindicare eum a me potest, non condicere, *d. L. dominus*, *infr. de cond. ind.* Et puto, quod de caussa traditionis dicitur, idem dicendum de pretio soluto. De caussa traditionis ita proditum est, non transferri dominium, nisi venditio aut justa alia caussa præcesserit, ex qua traditio sequeretur, *d. L. nunquam*, *infr. de acquir. rer. dom.* Atque hoc sic recte accipimus: sive re ipsa præcesserit, sive opinione ejus, qui tradit, ut ante dixi: Sic et quod dicitur in emptione, non transferri rem venditam quamvis traditam, nisi pretio soluto, sic accipi debet: nisi aut vere pretium solutum sit, aut opinione venditoris, cui pecunia pretii nomine soluta sit. Horum enim in utroque, caussam dico tradendi, et pretii solutionem, solum hoc quæritur, ut dominus dominium velit transferre: quod facere non putatur caussa non præcedente, et pretio non soluto. Quod si appareat etiam sine his dominum velle rem suam transferre, recte transferri dicemus: quia voluntatem ejus transferre volentis oporteat ratam haberi, *d.* §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Id autem tunc accidit, cum venditor et caussam venditionis et pretium subesse putat: quod fit in hac caussa, ubi is qui mihi eum hominem, de quo quæritur, tradidit, et vere eum vendidit, etsi non ei, qui mihi acquirat, quod tamen putat; et pretii loco pecuniam accepit, quam suam factam esse existimat. Dominus igitur hominis venditi esse desiit venditor, qui in hac opinione hominem tanquam mihi debitum tradidit: proinde si eum a me repetat, vindicare eum non possit, sed solum a me condicere, ut Julianus scripsit. Atque hæc de hominis empti repetitione, quæ tum tibi domino detur, tum venditori. De peculiaribus nummis sequitur. *Quod ad peculiares*, inquit, *nummos attinet*, *si exstant*, *vindicare eos dominus potest.* Dominus, id est, tu, ut est propositum. Vindicare autem ideo potes, quia nummi a principio tui fuerint: cum essent ex peculio quod ad te pertineret; hujus autem alienationem servus tuus non habuerit, qui etiam si prius habuisset, tamen desiisset habere, furto surreptus, qualis hic fuisse proponitur. *L. libera*, *infr. de pecul.* Porro domino in rem actio, id est, vindicatio competit. *L. in rem*, *sup. de rei vind. L. actionum*, *infr. de ob. et act.* Sed ita vindicare potes, si exstent, non etiam si a venditore consumpti sint: non est enim vindicatio nisi adversus eum qui possidet, aut dolo malo desiit possidere. *L. qui petitorio*, *supr. de rei vind.* Non possidet autem venditor consumptos; nec dolo malo possidere desiit, qui nummos peculiares meos putavit, et intellexit me venditioni et alienationi nummorum consentire. Addit Julianus, quo jam consulat venditori adversus dominum nummos vindicantem: *sed actione*, inquit, *de peculio tenetur* dominus *venditori*, *ut pretium solvat*: id est, venditor adversus te actionem habet de peculio, ut pretium solvas. Quippe servus tuus emptionem contraxit: ex contractibus servorum adversus dominos actio competit, sive negotium ratum habeant, sive non habeant, saltem de peculio, quod apud eos est, §. *actiones autem*, *Inst. de act.* Hæc adjectio declarat, si nihil sit in peculio, dominum venditori non teneri; aut si sit minus quam pretium est, non ultra id, quod est in peculio, esse actionem. Ac fieri potest, ut hi nummi qui a te vindicati sunt, jam ante peculiares esse desierint: quia scilicet jam ante servo tuo peculium ademisses sine dolo malo, priusquam de emptione servi tui cognovisses. Sed ita, inquam, venditori solum de peculio adversus te actio est, si tu nummos peculiares vindices: quoniam hac re ostendas te venditioni stare nolle. Aliter, atque si tu emptionem probes, eoque ex empto cum venditore agas: ubi placet te ad solidum pretium præstandum teneri venditori, de quo postea *in vers.*

4 *vers. sed adjicere.* † Sed quæritur, si venditor actionem habet de peculio adversus dominum, quomodo possit dominus ab eo nummos peculiares vindicare: cum usque ad concurrentes quantitates videatur admitti debere compensatio, qua admissa ipso jure venditor liberetur? *L. 4. C. de comp.* Et verum est, quod vulgo dicitur, hic locum non habere compensationem. Nam si de jure vetere quæritur, ex quo hic locus scriptus est; non potuit compensatio objici ei, qui in rem ageret: huic enim nihil debetur. §. 1. *Inst. de act.* Non est autem compensatio, nisi debiti et crediti invicem confusio: *L. 1. infr. de comp.* non est compensatio, nisi tunc cum pecunia invicem debetur. *L. 4. C. de comp.* Primus Justinianus etiam in actionibus in rem compensationem admisit in *L. ult. C. de compens.* Hic autem dominus nummos suos a venditore vindicat. Quod si rem ad Justiniani constitutionem revocare volumus, tamen ne ex ea quidem in hac specie compensationi locus erit. Etsi enim dederimus in rem agenti compensationem opponi posse, ubi nummos, idest, rem quantitatis certæ vindicet: tamen in totum sic ea constitutione compensatio admissa est, si caussa ex qua compensatur, sit liquida. Non est autem liquidi debiti compensatio, quæ opponitur de eo, quod dominus de peculio debet: cum hoc ipsum maxime incertum sit, quantum sit in peculio, et præcipue quantum futurum sit tempore rei judicandæ; ex quo tamen tempore quantitas peculii in actione de peculio spectatur. *L. quæsitum, in pr. infr. de pec. L. cum fidejubet, infr. de fid.* Utrumque ergo recte dictum est, et venditorem adversus dominum actionem ex vendito habere de peculio, et nihilominus dominum ab eo nummos peculiares qui illi soluti sunt, et apud eum adhuc exstant, posse vindicare, postquam ea vindicatio compensatione non est sublata. Sed ut est vindicatio nummorum peculiarium, quæ domino competit adversus venditorem: ita est actio de peculio, quæ venditori datur adversus dominum. Constat dominum nummos vindicare posse, sed si exstant, ut ante scriptum est: his autem bona fide consumptis venditorem jam hac actione non teneri, ut qui nec possideat, nec dolo malo desierit possidere. Julianus actionis de peculio eandem in proposito conditionem esse ostendit; hac actione dominum teneri venditori prius dixerat: declarat id se intelligere eadem illa conditione, si nummi exstent. Subjicit enim: *si consumpti sint, actio de peculio evanescit.* Quod recte in hac specie dicitur. Etsi enim in universum falsum est actionem de peculio exstingui, ubi pars peculii exstincta est, cum de peculio quod restat, integra sit actio: tamen in hac specie consumptis a venditore nummis quos habuit, id contigit, quo factum est, ut dominus a venditore liberaretur. Debebatur enim venditori pretium emptionis, ad quod consequendum actionem de peculio adversus dominum habuit. Hoc pretium ad eum pervenisse, ac veluti ei solutum esse a domino intelligitur, cum nummi peculiares illi soluti bona fide ab eo consumpti sunt. *L. non omnis, §. si pupillus, supr. eod.* Vere enim illi soluti essent, si facti essent accipientis. Post illam autem consumptionem in ea caussa esse incipiunt. Nam neque vindicari ab eo possunt, qui sine dolo malo non possidet, nec consumpti condici ei, in quem si a principio translati essent, nummi ei non condicerentur. Cujus enim pecuniæ ab initio in accipientem translatæ condictio non est: ejus ab initio non translatæ, si postea consumatur, cessat condictio: quia consumptio pro translatione est. *L. si filiusfam. supr. eod.* SED ADJICERE JULIANUS DEBUIT. Hactenus caverat Julianus tibi eidemque domino adversus venditorem ita, ut nihil omitteret, sive quod ad hominem a servo tuo emptum ab illo petendum, sive quod ad nummos peculiares illi solutos ab eo repetendos pertineret. Id cum plene fecerit, in eo nihil Paulus desiderat. Consuluerat et Julianus vicissim venditori adversus te, sed tunc solum, cum repudiata emptione nummos peculiares ab illo vindicare velles. Quomodo illi caveretur, si tu adversus eum ex empto ageres: prætermisit. Id ab illo prætermissum Paulus hoc loco adjicit, ut et in hac re plene adversus te cautum sit venditori. Bene, inquit, Julianus scripsit in proposita specie venditorem hominis a servo tuo empti ex empto tibi teneri, ut eum hominem tibi tradat. Sed cum vellet in hac quæstione etiam venditori consulere, adjicere debuit, quod in hac actione faceret ad venditoris cautionem. Duo sunt autem, quæ in hoc genere Paulus subjicit. Unum de his, quæ venditor consequi debeat; alterum de eo, quod hoc judicio debeat præstare. Et quæ consequi debeat, hæc sunt: *non aliter*, inquit, *domino servi venditor ex empto tenetur, quam si ei pretium solidum, et quæcunque si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi præstaret*: idest, tu, qui hic servi dominus es, illi præsta-

re.

re. Quid est igitur, quod prius Julianus dominum venditori solum de peculio teneri dixit, ut ille pretium solvat? nam qui tenetur de peculio, hactenus tenetur, quatenus in peculio est: ac si nihil sit, omnino non tenetur, tantum abest, ut teneatur in solidum. §. *præterea Inst. quod cum eo.* Et id tum fecit Julianus, cum dominus nummos vindicaret emptionem servi sui improbans: invitus dominus ex facto servi in solidum teneri non debet. Nunc venditori solidi petitio datur adversus dominum, dum hic adversus venditorem ex
5 empto agit. Et merito: † qui enim ex contractu servi agit, hoc ipso contractum servi ratum habere intelligitur. *L. si servus alienus, infr. de fid.* Quippe contractus actionis caussa est: actio hujus effectus. Non est effectus, nisi caussa prius posita: nec id quod sequitur, non posito eo quod antecedit. Ita qui ex emptione servi agit, prius hanc ipsam voluntate sua statuere judicandus est arg. in *L. illud, infr. de acq. her.* Hac probata perinde haberi debet, quasi dominus contraxisset. Videtur enim contrahere dominus; teneturque is in solidum, qui jubet servum contrahere; *L. 1. in pr. infr. quod juss.* ac jubere intelligitur, qui quod a servo gestum est, ratum habet. *d. L. 1. §. si ratum.* Nisi quis dicat dominum hactenus emptionem probare, quatenus sibi expedit. Quod naturæ emptionis refragatur. Non est enim emptio nisi ex duorum consensu, emptoris et venditoris; ac si venditionem removeris, sustuleris etiam et emptionem; et contra. *L. 1. L. si id, §. 1. infr. de rescin. vend.* ut necesse sit, qui rem sibi vult emptam esse, idem et tanti emptam admittat, quanti est vendita. Inde est, ut quisquis ex contractu servi aut fiiliifamilias agens sibi solidum præstari postulat, eundem etiam placeat ex eodem contractu solidum præstare debere adversario, non peculio tenus. *L. si cum filiofam. infr. de comp. L. si servus, infr. de æd. ed.* Quod si dominus ex emptione servi ex empto agens, emptio-
6 nem ratam habere videtur: † dicemus non solum venditorem si secum agatur, exceptione consequi posse ne teneatur, seu ne damnetur actori, nisi is pretium et cætera quæ in judicium venditi veniunt, offerat, ut hic scriptum est, quod et cæteris omnibus venditoribus tribuitur; *L. Julianus, §. offerri, infr. de act. em.* sed etiam si forte nulla exceptione usus, rem venditam domino tradiderit, tamen exemplo aliorum venditorum habere eum ultro actionem ex vendito adversus dominum, ut superiora omnia sibi præstentur. Hoc enim consequens est, si emptione a domino probata perinde habetur, quasi ille contraxisset. *d. L. Julianus, §. ex vendito.* Id vero ita esse ante ostendimus. Ut autem in pretio et cæteri de quibus actum est, quæ venditori præstanda sunt, superius illud, quod diximus, in hac specie venditori tribuitur, si dominus ex empto agat: sic et in eo quod ab eo petitur, monet Paulus hoc illi tribuendum esse, ut si hominem emptum tradiderit bonæ fidei possessori (idest, mihi qui in proposita hypothesi dicor servum tuum bona fide emisse) nihil amplius quam actiones, quas adversus me habet, debeat tibi eidemque domino præstare: et si eas tibi cedere paratus sit, nihilominus tu illi solida omnia quæ diximus præstare debeas. Atqui ut venditor rem vendidit, non actionem: ita eum rem ipsam ex empto præstare oportet. *L. ex empto, infr. de act. empt.* Sed hoc ita est, nisi quid in re vendita sine dolo malo et culpa ejus contigerit, cur eam habere desineret: quod enim ita accidit, in eo venditor securus est. §. *cum autem, Inst. de em. et vend.* Apparet autem in proposito id ei evenisse, cum justo errore deceptus dum me dominum servi tui putat, quia cum pro meo possidebam, ideo hominem ab eo emptum mihi ut domino tradidit. Neque ideo ab hominis præstatione liberatus in totum liberatur. Non enim solum rem ipsam venditor præstare debet; sed etiam quæcunque ex ea re commodata ad eum pervenerunt. *d. §. cum autem. Inst. de em. et vend.* Quo in numero sunt, si quæ ex re condita, aut propter rem venditam natæ sint ei actiones. *L. Julianus. §. Sed si quis, infr. de act. em.* Atque hujus generis est in proposito indebiti condictio, quam ille adversus me ex eo nactus est, quia hominem mihi indebitum per errorem mihi solvit. Quamobrem hanc ex empto actione tibi præstare cogitur; sed solam. Quisquis enim idcirco tenetur, quia actionem habet, non habet necesse experiri cum suo debitore, ut ab eo rem consecutus tum deinde eam præstet creditori; sed actionem cedendo liberatur. *L. quod debetur, in fin. infr. de pecul.* Itaque recte supra dictum est, venditorem posse eum hominem, de quo quæritur, condicere bonæ fidei emptori. Potest enim, si velit; sed condicere non cogitur: ut qui condictione cedendo liberetur. Quamvis autem actionem solum cedat venditor, non hominem:

nem: nihilominus tamen solidum pretium et ea de quibus præstandis actum est, consequi debet. Amisso enim sine culpa venditoris vendito homine, quamvis eo amisso nihil supersit, quod præstetur; tamen placet perinde habendam esse venditionem, ac si traditus fuisset: cum et venditor liberetur, et emptori homo pereat. *L. cum*
7 *emptor*, §. 1. *infr. de res. ven.* † Partibus responsi sigillatim expositis, licet jam brevibus summam complecti. Ea autem est: Homo a servo tuo emptus, qui tibi debebatur a venditore, non tibi traditus est, sed mihi, dum ego bona fide eum servum possidens, ejus dominus esse existimor, atque ita homo in me voluntate venditoris translatus. Nummi quoque peculiares venditori a servo tuo numerati tibi absunt, qui tamen penes te manere debuerant. Quæritur de homine et de nummis, an possis utrumque persequi, et a quibus, et qua actione, tum quibus conditionibus. Ac de homine, placet te eum et a me petere posse, et a venditore. A me, negotiorum gestorum directa actione: quasi accipiendo quod tibi ex caussa ad te pertinente tradi debuit, ego negotinm tuum gesserim, opinione quidem mea meum, re autem vera tuum. Quod fit, ut et possit idem homo a te mihi condici, ut hic scriptum est: in quo intelligi debet certi condictio: nam et hæc cum priore illa concurrit. *L. in duobus*, §. *exceptio*, *infr. de jur.* et de ea peculiariter hoc titulo agi constat. *L. certi*, *supr. eod.* A venditore vero hunc ipsum petere potes actione ex empto: quæ ex contractu servi tui tibi primum quæsita non potuit tolli venditoris solutione: cum quod tibi debebat, mihi solverit, non tibi: idest, solverit alii quam creditori. Sic autem hæc via ad hominem consequendum tibi conducet, tametsi venditor eum hominem mihi traditum sine culpa sua possidere desiit. Aut enim ipse eum a me condicet: tanquam indebitum mihi solutum, ut sic a me receptum tibi tradat: aut si videtur, condictionem indebiti quam habet adversus me, tibi cedet, qua tu eundem hominem a me consequare. Sed adversus utrum nostrum egeris superioribus actionibus, est etiam quod tu ab utroque pati debeas. Nam si mecum egeris, ego invicem tecum agere possum contraria negotiorum gestorum, ut mihi præstes, si quid mihi absit ex superiore emptione. Quod si cum venditore ex empto ages, et tu quoque hunc exitum patiere, ut et pretium et cætera, quæ judicio venditi continentur, solida debeas illi præstare. Idem etiam condictionem indebiti adversus me tibi cedendo liberatur: ut hac oblata, non minus superiora illa a te consequi debeat. Hæc de homine. Quod ad peculiares nummos attinet, tu improbata servi tui emptione potes eos a venditore vindicare, ut qui tui manserint: cum servus tuus furtivus eorum alienationem non haberet. Sic tamen potes vindicare, si exstant. Nam consumptos ideo non potes, quia consumpti sunt a bonæ fidei venditore, idest, eo, qui se eos nummos voluntate domini accipere existimaret: proinde ab eo, qui sine dolo malo desierit possidere. Sed et hac parte pro hoc incommodo vicissim venditori adversus te prospectum est: habet enim ille actionem de peculio, ut pretium solvas. Hac vero actione fit, ut ille nummorum peculiarium possessione excussus alia via pretium consequatur: nam et hi nummi in peculio sunt servi, nisi proponas peculium a domino fuisse revocatum sine dolo malo, prius quam de hujus emptione cognosceret. Huic actioni tandiu locus erit, quandiu et tu nummos poteris vindicare, idest, quandiu nummi exstabunt: nummis consumptis, ut tibi vindicatio, sic venditori actio de peculio evanescit. Hic enim pretium petebatur: id venditori pro soluto haberi incipit, cum nummi ab illo ita sunt consumpti, ut jam illi auferri non possint.



Ad L. Si me et Titium. 32

Celsus lib. 5. Digestorum.

Si (et) me et Titium mutuam pecuniam rogaveris: et ego meum debitorem tibi promittere jusserim: tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse: an mihi obligaris? subsisto: si quidem nullum negocium mecum contraxisti. Sed proprius est, ut obligari te existimem: non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter eonsentientes fieri non potest) sed quia pecunia mea (quæ) ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et æquum est.

S U M M A R I U M.

1. *Actio in proposito sic ex æquo et bono, ut sit ex caussis notis obligationis, idest, negotio gesto.*

Si jusserim debitorem meum tibi pecuniam solvere, ut eam tanquam a me creditam habeas, et ille tibi dederit: placet te mihi ea datione obligari, quasi pecuniam a me accepisses. *L. singularia, supr. eod.* Et hoc ita esse constat, si quidem ut a debitore meo accipias. Quid, si eodem exemplo manente, accipias quidem re vera a meo debitore pecuniam, non tamen ut a debitore meo, sed alterius? qui error contingere potest in hac specie. Fingamus te a me et Titio mutuam pecuniam rogavisse: jussisse me eum debitorem, qui meus erat, tibi promittere, ac per hoc tibi dare: te vero stipulatum, et sic deinde illum tibi dedisse; sed cum Titium quoque rogasses, putasse te eum a quo accipiebas, Titii debitorem esse. Tractatur hoc loco, an mihi obligeris? Movet, quod hic non sit mutuum. Etsi enim non minus hic verum est, te a me per debitorem meum pecuniam accepisse: tamen in illo errore non potuisti esse hoc animo, ut mihi obligareris, sed solum ut Titio. Ita deest ad obligationem consensus, sine quo mutui obligatio, aut alia ulla non contrahitur. *L. 1. §. 1. sup. de pact.* Mutui autem obligatione hic remota, quæ sit alia species obligationis, qua mihi tenearis, quæritur: non enim facile occurrit. Et fatetur Celsus in hac specie mihi adversus te actionem ex mutui caussa esse non posse; sed nihilominus te mihi teneri ait, quia bonum et æquum sit, cum pecunia mea ad te pervenerit, eam mihi a te reddi. † Sed hoc loco idem 1
quærimus, quod supra in *L. si eum servum, eod.* Nam cum actio in personam sit ea, de qua nunc dicimus, et nulla nascatur actio, nisi ex quatuor illis caussis, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio: §. 1. *Inst. de act.* omnino hoc statui oportet, ex qua earum caussarum hanc esse actionem velimus. Illis enim principiis positis, si tantum dicimus eam dari ex æquo et bono, parum proficimus: progredietur enim res longius, et quæretur, cur sit ex æquo et bono, seu ex qua caussa sit de his, quas diximus, ut secundum eas bonum et æquum sit eam dari. Ne multis morer, non difficile intellectu est, hic actionem esse ex negotio a me gesto. Gerit enim alienum negotium, quisquis aliquid in rem alterius utiliter impendit, eoque nomine actionem habet. *L. 2. supr. de neg. gest.* Id autem in proposito fecisse me perspicuum est, dum curavi, ut pecunia mea ad te perveniret. Quod si ita est: non est verum, quod hic quidam putant, non posse me directo pecuniam tibi condicere, quia tecum non contraxerim, sed solum mandatis a debitore meo actionibus. Negotium a me gestum satis est ad directam, certe ad propriam mihi actionem adversus te acquirendam: quam qui habet, alienas non desiderat.

Ad L.

Ad L. Principalibus. 33.

Modestinus libro 10. Pandectarum.

Principalibus constitutionibus cavetur, ne hi qui provinciam regunt, quive circa eos sunt, negotientur, mutuamve pecuniam dent, fœnusve exerceant.

S U M M A R I A.

1. *Magistratibus Romanis quarum rerum commercia interdicta, et cur.*
2. *Mutuum dare iis interdictum, qui provincias regunt, et cur.*
3. *Exercere fœnus prohibitum rectoribus provinciarum, et quid sit exercere, ac quamobrem prohibitum.*
4. *Interdicta eadem omnibus, qui officia administrant in provincia.*
5. *Magistratibus urbanis quid hic interdictum.*
6. *Interdicta eadem iis qui sunt circa magistratus, et cur, et quinam hi sint.*
7. *Magistratibus atque officiis temporalibus solum hæc interdicta, non perpetuis.*
8. *Adversus eos qui contra fecerint, quæ sit pœna.*
9. *Mutuo contra legem dato, pecuniam danti perire, et fisco cedere.*

1 ROMANI dum volunt magistratus suos, et eos qui publico officio funguntur in eo se incorrupte gerere, ut magistratum, et qui reipub. personam sustinent, decet, itemque ab omnibus concussionibus et rapinis sibi temperare: sapienter caverunt, non solum, ne his quidquam a civibus et provincialibus extorquere liceret, sed etiam ne liceret ab his quanvis volentibus domum et munus præter xenia et ea moderata accipere. *L. solent*, §. *ult. supr. de off. proc.* Quoque facilius id obtineretur a magistratibus, longius itum est. His enim constitutiones omnem acquirendi, et ad se aliena transferendi rationem, quamvis per se honestam, qua tamen aut rapinæ et concussiones aut munus tegi possent, interdixerunt. Ex quo genere sunt ea, de quibus et hic et aliis quibusdam locis cavetur. Primum hic scriptum est caveri constitutionibus, *ne negotientur*, quo verbo proprie prohibentur exercere mercaturam, id est, emere quod postea vendant, unde quæstum faciant: id enim propie negotiari significat. Et hic quidem quæstus magistratibus non convenit. Sed ut conveniant omnes aliæ emptiones, tamen nihilominus in totum emere prohibentur, etiam quod sibi retineant, non tantum prædia, de quibus in *L. qui officii*, *infr. de contrah. empt.* sed etiam res omnes quamvis mobiles. *L. non licet*, *infr. de contrah. empt. L. unica. C. de contract. jud.* Cur ergo interdicitur his tam severe, quod per se non est inhonestum? quia si emere illis permittatur, facile consequentur vel propter potestatem, vel propter gratiam, ut aliena quam minimo emant, aut etiam gratis ad se transferant, ut deinde emptio ac justum pretium simuletur, quod exiguum aut nullum intervenit. Tantum illis permittitur emere, ex rebus quidem mobilibus quod ad victum quotidianum suum et familiæ pertineat: *d. L. unica*, *C. de contract. jud. d. L. solent*, *in fin supr. de off. proc.* ex rebus autem soli prædia paterna, quæ a fisco distrahantur: *d. L. qui officii*, *infr. de contr. empt.* nam in illis necessitas, in his rerum conditio omnem turpem suspicionem ab emente facile removet. Ex eadem re est, quod prohibentur magistratus in ea provincia, quam administrant, domum exstruere, *d. L. unica*, *C. de contract. jud.* Nam exstruentibus necesse est ea quæ ad exstructionem pertinent, aut emere, aut ab aliis donata accipere: quorum utrumque jam illis interdictum esse diximus. Qua de caussa non solum domum, sed etiam navem in eadem provincia ædificare prohibentur. *L. aufertur*, §. *quod a præside*, *infr. de jur. fis.* His finitimum est, quod qui in aliqua provincia officium administrant, inde oriundam, vel ibi domicilium habentem, præter quam si vetus sponsa fuit, uxorem ducere prohibentur. Nam et per caussam nuptiarum non solum his facile est alienas mulieres suas facere; sed etiam una cum his opimam dotem, atque adeo earum bona ad se domum sevocare. † Hujus generis sunt et illa duo, quæ 2
hic

hic sequuntur, quæ sola ad hunc tractatum proprie pertinent: ne qui provincias regunt, *mutuam pecuniam dent, fœnusve exerceant*. Etsi enim in fœnore exercendo, id est, in pecunia mutuo danda, unde fœnus capias, inest turpis quæstus, et indignus honestis viris, nedum magistratu: in quo satis est caussæ ad hunc quæstum magistratibus interdicendum; tamen hic alius rei habitam esse rationem quam fœneris ex eo liquet, quod non solum prohibentur magistratus fœnus exercere, quod fit in *L.* 3. *C. eod.* sed etiam mutuam pecuniam dare, etiam sine fœnore, ut hic traditur: quod contra faciendum fuerat, si his fœnebris pecuniæ exercitio propter ipsum fœnus prohiberetur: sublata enim caussa turpitudinis, maneret honestum mutuum, quod illis permitti oporteret. Nunc autem, ut dixi, etiam mutuam pecuniam dare prohibentur: ut appareat in totum hic mutuum dare illis esse interdictum. Quod cur factum sit, merito dubitari potest. Et quidem prima fronte videri potest non tantum inique, sed etiam absurde constitui. Etenim si convenit homini, atque adeo juxta Papiniani sententiam hominis interest hominem beneficio afficere: *L. servus ea lege, infr. de ser. exp.* quanto convenientius est homines potentes et in Republ. præstantes id facere? in quibus sunt magistratus provinciales. Proinde illis præcipue licere debet inopiam sublevare provincialium vel donando, vel mutuum dando. Ut donent, ab illis exigere, iniquum: ita illis alterum relinqui debuit, ut saltem his mutuum dare liceret. Denique si quid honeste fit, et liberaliter, id maxime decet magistratus: quare et mutuum gratis dare, quod totum beneficentiæ est et liberalitatis. Quæ hic ergo, inquam, interdicendi caussa, ne magistratus provinciales mutuam pecuniam dent? Nulla fuisset, si modo vere mutuum esset, quod mutuum dicitur, ac de vero mutuo superiora recte disputantur. Sed facile mutuum fingi potest, et hic titulus prætexi, ubi magistratus aliquid per concussionem aut vim extorserint, ut vel sibi caveretur, vel in se transferretur. Idcirco et mutuum dare quovis modo his est interdictum, non propter se; sed dum cavetur, ut omnis ansa præcidatur concussionibus et prædis atque avaritiæ magistratuum. Sed cum cavissent constitutiones, ne magistratus pecuniam mutuam dent, quod opus fuit addere, *fœnusve exerceant*: cum non exerceatur sine mutuo fœnus: mutuo autem generaliter prohibito, satis intelligatur omne mutuum prohiberi, et maxime id quo pecunia datur fœnori, quod est odiosius? *L. si servitus, supr. de servit. urb. præd.* Consulto posterius adjectum est, ut de duobus apertius caveretur, quorum alterum prioribus verbis non satis expressum, alterum etiam non contineri videbatur. Ait lex, Magistratus, *ne pecuniam mutuam dent*: Solum de mutuo hoc cautum, est nulla mentione facta usurarum. Dubitari potuit ex his verbis, num et tunc improbandum esset mutuum cum illi non simpliciter pecuniam mutuam dedissent, sed fœnori: quia fœnore accedente minor esset fraudis suspicio: persuasum autem esset constitutiones hanc fraudem prohibere voluisse. Hoc igitur illæ volunt intelligi omne se mutuum improbare, quod a magistratibus profectum esset, sive gratuita esset pecunia, sive fœnebris. Deinde his verbis, *ne magistratus mutuam pecuniam dent*, solum cavetur de ipsis magistratibus, ut his verbis solum teneantur illi; vel qui dederunt ipsi, vel quorum nomine pecunia data sit, ut his actio acquiratur, quasi ipsi dedissent. † Quid ergo, 3
si alii dent quam magistratus, et quidem suo nomine, atque ita ut his, qui dant, acquiratur inde actio non magistratui? Quantumvis proponas hos a magistratu esse interpositos, qui pecunias vel elocarent, vel elocare se fingerent, ut fœnus, idest, fructus mutui ad magistratum rediret; non tamen hæc species prioribus verbis continebitur. Semper enim verum erit, magistratus ipsos mutuam pecuniam non dedisse, sed alios, quorum ea pecunia fuerat, et cum quibus solum re vera mutuum intercedit. Sed visum est non minus et hoc illis esse interdicendum: prope est enim, ut videantur dedisse, id, cujus fructus ad ipsos pertinet. Ergo ad hanc rem sequentia verba subjecta sunt, quibus commodissime id exprimitur, dum cavetur, ne magistratus *fœnus exerceant*: exercent enim, quocunque modo per caussam mutui fœnus ad eos redeat: sive dent ipsi pecuniam, sive adhibeant alios, quorum opera in pecuniis collocandis utantur. Sicuti dicitur navem exercere is, ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. *§. eadem, Inst. quod cum eo, L. 1. §. exercitorem, infr. de exer.* Et hoc est, quod apertius scriptum est, in *L.* 3. *C. eod.* eos qui officia administrant, neque per se, neque per suppositas personas fœnus agitare posse. Interdictionis autem caussa hæc est, non solum quod cum per alios fœnus exercent, faciunt æque turpiter: atque si per se exercerent: sed etiam quod ad eos, quibus administris in

in hac re utuntur, mittere possunt eos, a quibus quid consequi volunt, cum quibus tamen mutui caussam interponere non possunt, atque hoc modo possunt concussiones, aut munera quæ sibi caveri volunt, tegere. Quibus superiora interdicta sint, videamus. Et hoc loco interdicuntur iis, *qui provincias regunt*. Hi sunt præsides seu summi magistratus provinciarum. *L. 1. supr.*
4 *de off. præs.* Sed † interdictio patet latius. Generaliter enim ex aliis locis definiendum est, omnibus interdici, qui in provincia officia administrant, seu qui in publico aliquo officio sunt, in provincia *L. 3. C. eod. L. solent*, §. *ult. sup. de off. proc. L. qui officii*, *infr. de contrah. empt.* Quibus verbis continentur non solum magistratus alii, sed etiam omnes qui potestate curatione, legatione, munere denique, ministeriove aliquo publico funguntur, ut indicat *L. 1. infr. de leg. Jul. rep.* Sed illud observatione dignum est, quod in omnibus his locis, quos modo indicavi, quibus hujus interdictionis mentio est, non quibusvis magistratibus superiora interdicuntur, sed nominatim provincialibus, non omnibus, qui officia gerunt, sed nominatim qui sunt in provincia. Quid ergo, si sint magistratus ur-
5 bani, si urbana officia? † Et exstat constitutio Justiniani *L. unica*, *C. de contract. jud.* qua et magistratibus urbanis eadem interdicuntur, itidem ut provincialibus: sed non eodem modo. Nam urbanis vult ad aliquem modum hæc esse concessa, ut emant, ut ædificent, ut donatum accipiant, nempe si a principe impetraverint. Et quamvis de donationibus nihil impetrarint; vult tamen eas confirmari, si post administrationem depositam vel donator scripto donationem ratam habuerit, vel quinquenni tempus præterierit sine ulla interpellatione eorum ad quos ea res pertinet. Provincialibus autem præcise ista intercedit, et quidem ista, ut nec rescripto principis impetrato velit ea licere, nec concedat facta vel consensu donatoris, vel tempore confirmari. Quod de donationibus constituit, et ad mutuam pecuniam transferendum est. Ideo enim prohibentur magistratus mutuam pecuniam dare, ne sub mutuæ pecuniæ prætextu donata, aut alioqui malis artibus extorta sibi caveant. Quod cum ita sit: non abs re est, quod cum de præcisa harum rerum prohibitione agitur, prohibitio confertur in eos, qui officia in provincia administrant: quandoquidem non eodem modo ista interdicuntur urbanis magistratibus; attamen et suo modo his sunt interdi-
6 cta. † Interdicuntur eadem et iis, qui sunt circa magistratus, et alios qui officia administrant, ut hic scriptum est. His verbis continentur duo, domestici et consiliarii magistratus. Nam et in inscriptione *tit. de contract. jud. C.* leguntur hæc verba, *Qui circa eos sunt*: pro quibus lex subjecta posuit *domesticos et consiliarios.* in vers. extremo. Consiliarii sunt, magistratuum assessores. *L. pen. supr. de asses.* Domestici sunt, quos magistratus secum habet domi imperio suo subditos. In hoc numero sunt, qui dicuntur comites magistratuum in *L. senatusconsulto*, *supr. de off. præs.* quo nomine puto intelligi eos, quos secum habet comites honoris caussa; item uxor, liberi, liberti magistratus: postremo omnes quos secum habet, quorum opera et ministerio domi utitur vel ad res domesticas, vel ad munus obeundum. *L. qui jurisdictioni*, *supr. de jurisd.* Atque his quoque superiora interdicta sunt, quia et ipsi propter magistratum metuuntur, et quia magistratus per istos superiora facile administrare potest, ut sibi intimos ac veluti potestati suæ subjectos. Hæc autem magistratus facere prohibentur non tantum per se, sed etiam per interpositam personam. *L. 3. C. eod. L. non licet*, *infr. de contr. empt.* Quod tamen non eo spectat, ut velimus eos, qui circa magistratus sunt, non aliter prohiberi superiora facere, quam si nomine magistratuum ea faciant. Nam etsi constet eos illa exercere suo nomine, non eo minus facere prohibentur: satis est, quod magistratus illis administris uti potest: etiam hunc metum et periculum amoveri oportuit. Hæc ita supra scriptis personis interdicta sunt, ut nihil referat, jurisdictione præditæ sint, an non sint: solum enim officium publicum quærimus, et eos, qui circa eos sint, qui officia administrant: † 7
Sed intelligendum est constituta hæc esse de magistratibus temporalibus, deque his qui officia temporalia administrant, ideo ad præsidis officiales, qui perpetui sunt, non pertinent, ut traditur in *L. præsidis*, *seq.* quod cujusmodi sit, illic dicetur. † 8
Superest, videamus, quæ sit hic adversus eos, qui contra fecerint, pœna. Quod maxime propter pecunias ab his mutuo datas quærendum est, ut sciatur, quod de hoc genere hic cavetur, quid ad mutui obligationem, de qua agitur, pertineat. Et de muneribus, omnique pecunia, quam quis in magistratu, aut officio aliquo ceperit, lege Julia repetundarum cautum est, et pœna ea lege constituta, *L. 1. L. 4. L. lex*, §. *ult. et L. ult. infr. de leg. Jul. rep.* De rebus autem quæ a supra scriptis per-

personis emptæ sunt, pœnam hanc constitutam legimus: ut qui emerunt vel per se, vel per suppositam personam, rem venditoribus reddant, quam illi infirmato contractu vindicare possunt, et nihilominus pretium retineatur a venditoribus: sic tamen ut æstimatio ea, idest, pretium fisco inferatur. *L. aufertur*, §. *quod a præside*, *infr. de jur. fis. L. pen. C. de his quæ vi met. cau.* Nec pœna major est, nisi quis ex officio quod administrat, quid emerit, ut est in *L. non licet*, *infr. de cont. empt.* quo casu illic traditum est, eum qui emit, sive emerit per se, sive per aliam personam, in quadruplum conveniri, intellige a fisco. Ex officio emere recte mihi interpretari videtur Bartolus ad *d. L. aufertur*, §. *quod a præside*, *infr. de jur. fis.* ut sit emere id, quod ex auctoritate ejus, qui officium administrat, distrahitur. Sic dictæ ex officio possessiones distractæ, ut fit per officium, seu officiales, qui rebus auctoritate publica vendendis præsunt, in *L. 2. C. de fid. et jur. has. fis. lib.* 10. Neque tamen distinguemus, ut ille fecit, utrum hic palam et bona fide emat quis, necne. Tutoribus enim concessum est ex bonis pupilli, quæ distrahi possunt, quidvis emere, dum palam et bona fide id faciant. *L. cum ipse*, *C. de cont. empt.* Magistratus et ii qui officia administrant, in totum emere prohibentur, quovis modo id faciant. *L. 1. C. de contract. jud.* Rebus a magistratu ædificatis veluti ædibus, aut nave, nullam pœnam nominatim indictam legimus. Sed quæ sit, partim ex superioribus, partim ex genere prohibitionis colligi potest. Si ergo magistratus aream emit, in qua deinde ædificavit: primam in area pœnam de rebus emptis supra constitutam hic servabimus, ut infirmato nimirum contractu hæc venditori reddatur, quam et ille jure suo potest vindicare. *d. L. aufertur*, §. *quod a præside de jur. fis. L. pen. C. de his quæ vi met. cau.* Hæc vero una ædificium secum trahet: hoc enim cedit solo, et utrumque ad dominum areæ pertinet. *L. 2. L. si in area*, *C. de rei vind.* Totius autem rei, idest, areæ et ædificii æstimatio fisco inferetur, ut fieret, si sola area esset restituta. *d. L. aufertur*, §. *quod a præside.* Ne scilicet commodum hujus venditionis, quam lex Reipublicæ caussa improbat, ad privatum venditorem redeat, videaturque pœna, quæ utilitatis publicæ caussa constituta est, venditoris caussa constituta esse, non Reipub. Quod si in area quam prius jure habuit, magistratus ædificavit ita, ut nullius alterius ædificium esse possit, quam illius; item si navem sibi ædificandam curavit: puto, quia lex ædificationem prohibendo, simul etiam ejus ædificii acquisitionem inhibet, *L. non dubium*, *C. de legib.* potestate legis rem eo deduci; ut ædificium vacet, hac ratione evenire, ut et fisco vindicetur, ut fit in omnibus bonis vacantibus. *L. 1. et tot. tit. C. de bo. vac. lib.* 11. Nuptiis ab his, qui officia administrant contra quam supra scriptum est, in provincia contractis, non solum hæc pœna est, ut nuptiæ pro non contractis habeantur, quæ omnium eorum, quæ contra leges contrahuntur, communis pœna est; *L. non dubium*, *C. de legib.* sed etiam si dos data sit, fit caduca, ut significatur in *d. L. si quis officium*, §. 1. *infr. de jur. fis.*

9 † Quid jam fiet, si magistratus, et qui supra comprehensi sunt, pecuniam mutuam contra constitutiones dederint de quo præcipue hic quærimus? Hoc quidem constat, et superioribus consequens est, eum qui accepit, danti non teneri: non dico ex caussa mutui, quod nullum est; sed nec ex ulla alia caussa: et omnino ex ea datione nullam esse obligationem, perindeque haberi id factum, quasi omnino non intervenisset: usque adeo ut nec jurejurando confirmetur, quia lege prohibente contractum est, ut est constitutum *d. L. non dubium*, *C. de legib.* Ita si pecunia debitori vere numerata erit, eam certum est magistratui et cæteris qui eam dederunt, periisse. Sed pecunia cujus commodo cedet? manebitne penes debitorem, an eam fisco restituere cogetur? Et dum debitor nullum damnum sentiat: puto in hac pecunia exemplum pretii rei præsidi venditæ sequendum. Ut igitur re empta a præside, venditor rem suam recipit, sed dum eam habeat, æstimatio fisco infertur, ne ex alieni delicti pœna quam Reipub. pendi oportuit, venditor lucrum faciat: *d. L. aufertur*. §. *quod a præside. de jur. fis.* ita consentaneum est, si pecunia debitori data sit, dum nihil ei absit amplius, sic eam præsidi danti amitti, ut tamen lucro fisci cedat, non debitoris. Sed fieri potest, ut pecunia data non sit; quam debitor se accepisse confitetur; sed solum titulus mutui quæsitus sit, quo vel donum, vel concussio aliqua, aut præda magistratus tegeretur. Quare si debitor negabit sibi numeratam, intra biennium quidem jure communi tutus est, opposita exceptione pecuniæ non numeratæ: nisi fiscus petitor probet pecuniam esse numeratam. *L. 3. C. de non num. pec. Inst. de lit. obl.* Post biennium autem amissa exceptione non aliter audiendus est, quam si doceat sibi pe-

cuniam numeratam non esse, sed aliud gestum esse, et aliud simulatum. Cæterum si hoc probat, injuriam pati non debet. Inest quidem in aliis mutuis, et aliis literis post biennium literarum obligatio, quæ exinde omnino debitorem tenet. *d. tit. Inst. de lit. obl.* Sed hanc in proposito metuere non debemus, postquam lex totum hunc contractum, et obligationem quæ inde nasci potest, infirmat. Et vero publice expedit ejusmodi probationem quandoque admitti, ut magistratuum sordes, et rapinæ detegantur. *L. eum qui nocentem infr. de injur.* Facit hoc etiam ad magistratus ab hujusmodi sordibus magis deterrendos. Ex quo apparet esse hoc quoque ex sententia constitutionum, ut fiat: quando in mutuo prohibendo his propositum est efficere, ut magistratus ab omni sorde abstineant. *L. eadem, in fin. infr. de leg. Jul. rep.* His expositis, quando de mutui obligatione hoc titulo agitur: habemus hic species, in quibus regula juris de ea obligatione locum non habet. Regulariter definitur mutui datione obligationem re contrahi inter dantem et accipientem, et hinc nasci certi condictionem. *Inst. quib. mod. re cont. obl. in pr.* Hoc ita est, nisi sint, qui dare jure prohibeantur. Prohibentur autem hi, de quibus hic cautum est, quamvis alioqui omnibus rebus præditi sint, quas mutuum desiderat, idest, et consensu, et rerum suarum alienandarum potestate.

Ad L. Præsidis. 34.

Paulus lib. 2. Sententiarum.

Præsidis provinciæ officiales, quia perpetui sunt, mutuam pecuniam dare, et fœnebrem exercere possunt. Præses provinciæ mutuam pecuniam fœnebrem sumere non prohibetur.

S U M M A R I A.

1. *Magistratibus et officiis perpetuis superiore non esse interdicta, et cur.*
2. *Magistratus pecuniam mutuam dare prohibentur, non accipere.*
3. L. Quisquis, C. si cert. pet. *explicatur.*

1 QUÆ proximo capite magistratibus, et his qui in provincia officium administrant, prohibita esse diximus, inter cætera, ne pecuniam dent, fœnusve exerceant: etsi ita erant prohibita constitutionibus, ut in his nihil adderetur nominatim de magistratibus et officiis, quo temporalia a perpetuis distinguerentur: tamen id ex eo satis intelligebatur, quod constabat eas constitutiones cavere de magistratibus et officiis Romanis: seu Pop. Romani, quæ in provincia administrabantur. Erant enim populi Romani magistratus, et officia temporalia, utpote fere annua. Atque hinc etiam intellectum est eas constitutiones ad officiales perpetuos, quales sunt non populi Romani, sed præsidis officiales, non pertinere: itaque non prohiberi eos mutuam pecuniam dare, et fœnebrem exercere, quod hic traditur: idemque et ad cæteras res, quas prohibitas esse diximus, referendum est. Et merito hæc perpetuis officialibus non sunt interdicta: alioqui enim eveniret, ut [illegible] niam hi perpetui sunt, simul perpetuo [illegible] emere, aut pecuniam locando sibi quid acquirere: quod nihil aliud esset, nisi his interdicere commercio, atque adeo civem in civium numero non habere. Temporales magistratus et reliqui officiales hujusmodi, moram exigui temporis facile ferre possunt: idque ex eo æquius est, quod magnum damnum non est in mora modici temporis. *L. si debitori, supr. de jud.* De officialibus tantum præsidis hic dictum est, eos mutuam pecuniam dare posse, et fœnebrem exercere, non de aliis. Sed cum ratio addita sit, quia perpetui sunt: idem et in magistratibus ipsis recipiemus, si qui dentur perpetui, quales in maxima parte Europæ fere esse hodie videmus: nam et ad eos illa altera ratio, quam paulo ante reddidi, pertinet. Quod de personis officialium dictum est, eos qui superioribus constitutionibus non prohibentur, posse dare pecuniam mutuam et fœnus exercere, tantum ob id quia non prohibentur: hoc idem et de rebus prohibitis vult Paulus intelligi: ut quæ res superioribus constitutionibus non interdicuntur ipsis magistratibus, eas illi suo jure exercere [illegible]

eadem illa ratione: quia non prohibentur.
2 † Et hoc est quod subjicit, præsidem provinciæ mutuam pecuniam etiam fœnebrem sumere non prohiberi: quippe dare prohibetur. Longe autem aliam vim habet dare, aliam sumere. Dando sibi obligationem acquirit, quo prætextu multa ad se cum aliena injuria transferre potest. Sumendo se aliis obligat, in quo et res suas minuit, et alios auget, certe eo facto alios lædere non potest. Hac ratione dictum est, cum is qui in provincia officium administrat, prohiberetur inde oriundam, vel ibi domicilium habentem uxorem ducere, non prohiberi eum in ea provincia filias suas in matrimonium collocare, et dotem constituere. *L. si quis officium*, §. *ult. infr. de rit.*
3 *nupt.* † Sed quod dicitur præsidem provinciæ et eos omnino, qui in provincia administrant, mutuam pecuniam fœnebrem sumere non prohiberi, videndum, num ei contraria sit *L. quisquis*, *C. eod.* ubi non solum vetatur quis fœnebrem pecuniam mutuare judici, sed et judex mutuam accipere, et utrique si contra fecerit, pœna exsilii denunciatur. Etiam præses et omnes omnino, qui tribunali præsunt, judices vocantur. *L. 1. supr. de jud. L. qui restituere*, *supr. de rei vind. tit. de reb. auct. jud. poss. infr.* Et nihil hic contrarium est, si superior constitutio recte intelligitur. Habet autem hanc sententiam, non ut omnes omnino prohibeantur pecuniam fœnebrem mutuare ei, qui officio judex est; sed ut prohibeatur is solum, qui apud eum judicem litigat. Ratio constitutionis id declarat: quippe quæ ad eos tantum refertur, qui leges et judicium redimere pecunia tentarunt: a qua suspicione longe abest is, ad quem judicium nihil pertinet. Verba quidem constitutionis prima fronte refragari videntur: sunt enim hæc; *quisquis mutuaverit*, *pœna exsilii plectetur.* Sed quod additur, *judici*, verbum *quisquis* alioqui universale ad certam speciem personarum revocare intelligitur, nempe ut significetur quisquis litigator. Nemo enim recte dici potest pecuniam judici dedisse, nisi qui dedit ut judici. Is autem dedit, ut judici, qui cum cui dedit, sibi habuit judicem. Quod si quis nihil rei habens cum foro pecuniam judici dedit, non alio loco id habendum est, quam si dedisset cuivis extraneo, qui judex non est. Hoc intellecto, bene inter ista convenit. Præses ut præses seu dum nihil aliud impediat, quam quod est præses, pecuniam mutuam sumere non prohibetur; præses ut judex sumere prohibetur. Prius ita fit, si ab alio quovis accipiat, quam qui apud eum litiget: posterius ita, si judicio apud se constituto sumat a litigatore.

Ad L. Periculum. 35.

Modestinus lib. 3. Responsorum.

Periculum nominum ad eum, cujus culpa deterius factum probari potest pertinet.

S U M M A R I U M.

1. *Procuratores, tutores, actores municipum, qui nomina minus idonea fieri passi sunt, quam culpam in eo præstent.*

Nomina in usu juris debita dici constat. *L. nomen*, *L. qui chirographum*, *infr.*
1 *de leg.* 3. † Hi quorum culpa nomen deterius fit, sunt ii, qui rerum alienarum administrationem sustinent, et debitores domini convenire possunt: quo in numero sunt tutores, et curatores, procuratores, actores civitatis. Tutorem et curatorem pro domino rem in judicium deducere posse convenit. *L. tutor ad* 22. *L. vulgo*, *seq. infr. de adm. tut.* Idem possunt et actores civitatis, *L. 1. §. 1. supr. quod cujus. universitat. nomine* Idem maxime possunt procuratores propter domini mandatum. *L. maritus*, *C. de proc.* Fit istorum culpa nomen deterius, cum initio susceptæ administrationis debitores solvendo fuerunt: deinde dum eos non conveniunt, nomina fiunt minus idonea, seu debitores solvendo esse desinunt. Hoc cum fit istorum culpa, periculum nominum ad eos pertinet, ut hic scriptum est: quod declaratur in persona tutorum et curatorum in *L. 2. C. arb. tut.* Quo exemplo idem ad actores civitatis et procuratores transferendum est. Ut enim tutores et curatores culpam in administratione præstare debent: *L. quidquid*, *C. arb. tut.* ita et procuratores. *L. a procuratore*, *C. mand.* Tantum

inter

inter istos hoc interest, quod tutores, curatoresve, et qui necessitate muneris coacti res alienas gerunt, hoc tantum nomine tenentur, si culpa eorum lata debitores solvendo esse desierint, dum scilicet suos convenerunt, idem circa pupilli debitores omiserunt. *d. L.* 3. *C. arb. tut. L. chirographis, infr. de admin. tut.* Procuratores autem etiam negligentiam suam quamvis levem præstant *d. L. a procuratore, L. procuratorem, C. mand.* Nam quod in L. quidquid, *C. arb. tut.* dicitur, omnem culpam etiam levem a tutore præstari: levem illic accipere debemus, quæ in faciendo sit, non in negligendo. Hoc enim exigitur a tutore, ut omne factum suum præstet pupillo, ubi quid aggressus est, quod facere non debuit, sicuti et a socio. *L. et quidquid, L. de illo, infr. pro soc.* Cæterum culpam quæ in negligendo sit, non præstat. Certi enim juris est a tutore non majorem diligentiam exigi in administratione tutelæ, quam quantam rebus suis solet adhibere. *L.* 1. *in pr. infr. de tut. et rat. dist.* Et merito: esset enim valde injuriosum plus ab invito exigere: constat autem munus tutelæ invitis imponi. Non idem dici potest de procuratore, qui et volens procurationem suscipit, et suscipiendo ultro de sua diligentia polliceri intelligitur.

Ad L. Pecuniam. 36.

Jabolenus libro 1. Epistolarum.

Pecuniam, quam mihi sine conditione debebas, jussu meo promisisti Attio sub conditione. Cum pendente conditione, in eo statu sit obligatio tua adversum me, tanquam sub contrariam conditionem eam mihi spopondisses, si pendente conditione petam, an nihil acturus sim? Respondit: Non dubito, quin ea pecunia, quam ipse sine conditione stipulatus sum: etiamsi conditio in persona Attii, qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub conditione stipulatus est, non extiterit: credita esse permaneat. Perinde est enim ac si nulla stipulatio intervenisset. Pendente autem caussa conditionis, idem petere non possum: Quoniam cum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor.

S U M M A R I A.

1. *Pendente conditione posterioris stipulationis novandi animo interpositæ, ex priore stipulatione quamvis initio pura agi non potest.*
2. *Liberatus novatione sub conditione, sub contraria condictione ex priore caussa obligari intelligitur: aliter si per exceptionem liberetur sub conditione.*
3. *Novatio in proposito unde colligatur.*

Quod mihi pure debes, id a te confestim possum petere, §. *omnis, Inst. de verb. obl.* Id si mandatu meo novandi animo promittas Attio sub conditione, si navis ex Asia venerit, exsistente quidem conditione novatio fit prioris obligationis, ut eodem tempore et libereris a me, et soli Attio incipias teneri. Conditione autem deficiente, nulla novatio est: quæ res facit, ut quemadmodum prius, sic nunc quoque mihi teneare, §. *præterea, vers. quod autem, Inst. quib. mo. tol. obl.* Id autem significat ratio hoc loco subjecta in *vers. respondit.* cum ita dicitur: *deficiente conditione perinde esse, ac si posterior stipulatio nulla intervenisset*: ac enim non interveniente, non est ulla posterior stipulatio, in quam prior possit transferri, ac proinde nulla novatio. *L.* 1. *infr. de novat.* Quod si nulla hic novatio est, necesse est, priorem obligationem in suo statu manere. Idem est, etsi adhuc pendeat conditio posterioris obligationis. Hæc usque adhuc certi juris sunt omnia ex *d.* §. *præterea, Inst. quib. mo. tol. obl.* † Hinc quæsitum, quod hoc loco tractatur in specie proposita: Cum pendente conditione posterioris stipulationis novatio præcedentis obligationis non fiat, an ex priore stipulatione pura possim tecum agere. Quod superioribus consequens esse quis dixerit. Nam si prioris obligationis novatio interim facta non est, quid aliud videtur dici posse, quam obligationem quæ novata non est, in eo statu, quo ab initio fuit, mansisse? fuit autem pura ab initio, et ex ea tecum confestim agere potui: quo fit, ut 1

etiam

etiam nunc tecum agere possim, quamvis pendente conditione. Hic Jabolenus pendente quidem conditione posterioris stipulationis, novationem prioris obligationis non fieri fatetur: sed interim ex priore stipulatione agi posse negat: hac ratione, quia licet non sit novata, tamen conditionalis et ipsa esse cœperit. Id indicat in extremo, cum ait, incertum esse cœpisse, an ex priore stipulatione deberi possit. Cur enim incertum? nempe quia videatur sub contraria conditione concepta esse prior stipulatio, si navis ex Asia non venerit: ut si agam prius quam ea conditio exsisteret, ante tempus agere videar. At quomodo prior stipulatio conditionalis videri potest, quam pure ab initio conceptam, nec verbis postea mutatam esse constat? Id efficit posterior stipulatio conditionalis: hæc enim sub conditione interposita, si navis ex Asia venerit, id præstat, ut si navis venerit ex Asia, quemadmodum ex posteriore stipulatione debiturus es, ita ex priore jam non debeas. Hanc enim vim habet novatio, ut prior tollatur, translata in posteriorem. *L. 1. infr. de novat. §. præterea, Inst. quib. mo. tol. obl.* Sic fit, ut pendente conditione posterioris stipulationis, incipias ex priore liberari, seu non debere sub eadem ista conditione, si navis ex Asia venerit. Quod si ex priore stipulatione non debes hac conditione, si navis ex Asia venerit: consequens est te ex hac ipsa stipulatione sub contraria conditione incipere debere, si navis ex Asia non venerit. Quod enim in legatis dicitur, valet non minus et in hac specie. Si quod pure legatum est, sub conditione adimatur, transferaturve: hoc ipso legatum sub contraria conditione datum intelligitur, ut quod prius purum erat, conditionali ademptione incipiat et ipsum esse conditionale *L. aliquando, infr. de cond. et dem.* Similiter et quæ stipulatio pura erat, si sub conditione translata et quasi novatione adempta sit, eam sub contraria conditione constitutam esse intelligendum est. Quod si ita est: verum est, quod Iabolenus respondet, quandiu incertum est, an posterioris stipulationis conditio exsistat necne, tandiu nec ex priore agi posse. Quid ergo si agatur? ante tempus, inquit, agere videor. Pœna indicatur in *§. hodie, Inst. de exc. et §. sed hæc quidem antea, Inst. de act.* de qua dicere non magis ad hunc locum, quam ad quamvis aliam obligationem conditionalem pertinet. Est igitur summa sententia responsi: stipulationem conditionalem novandi animo interpositam, etsi pendente conditione priorem obligationem non novat, tamen hanc vim habere, ut eam cujus novandæ caussa interposita est, suspendat: hinc evenire, ut pendente conditione non magis ex priore agi possit, quam ex posteriore. Non debet nos movere, quod diximus pendente conditione novationem non fieri. Hoc enim sic accipi debet, ut non statim fiat, et absolute: cæterum sub conditione eam fieri verum est. *L. quoties, infr. de novat.* † Hoc eam vim habet, ut quemad- 2
modum sub ea conditione prior obligatio tollitur, ita intelligatur vice versa hæc ipsa obligatio sub contraria conditione constitui: ut dicendum sit, posteriore stipulatione conditionali novandi animo interposita, priorem obligationem in totum sublatam non esse; at ita mutatum esse ejus obligationis statum, ut quæ prius pura erat, eodem modo incipiat esse conditionalis, contraria tamen conditione. Cum autem novationis sub conditione interpositæ vim hanc esse dicimus, apparet hoc dicere nos, vim eam esse liberationis sub conditione debitori tributæ: est enim novatio justæ liberationis species, *§. præterea, Inst. quib. mo. tol. obl.* Quod et verum est. Sed ad eas liberationes quæ ipso jure debitorem liberant, solum pertinet, qualis est novatio, de qua hic agitur, ut mox ostendam: ad eas liberationes, quæ jure ipso non liberant debitorem, sed solum per exceptionem, non pertinet. Idque jus expositum habemus in *L. pure, in pr. infr. de dol. mal. exc.* In hac specie: Pure mihi debes decem: ea tibi sub conditione legavi: in quo legato inest liberatio sub conditione legata. Num ergo hac liberatione conditionali secuta, fit, ut quod pure prius debebas, incipias jam sub contraria conditione debere, ut pendente adhuc conditione conveniri non possis? Imo placet heredem interim a te petere posse, nec doli exceptionem illi obstaturam: tantumque hoc exigi ab herede, ut legati hujus conditionalis nomine tibi caveat. Cur ergo dissimiliter, si a me liberatus esses novatione sub eadem conditione? Ratio ex genere et dissimilitudine utriusque liberationis intelligitur. Novatio exsistente conditione posterioris liberationis jure ipso te liberat: *§. præterea*, liberatio legata non nisi per exceptionem, prius quam ultro ab herede liberatus sis per acceptilationem. *L. 3. §. nunc de effectu, infr. de lib. leg.* Hinc quid agatur, apparet, unde et differentiæ ratio nascitur. Si novationis hæc natura est, ut exsistente conditione posterioris stipulationis novandi animo interpositæ, ex priore obligatione nihil

hil debeatur, quasi ea jam a principio sit sublata; perspicuum est id agi, ut nec pendente conditione aliquid ex priore obligatione petatur. Quoniam fieri potest, ut conditio posterioris stipulationis exsistat: qua exsistente fit aperte contra conventionem, si prius invitus debitor quid præstiterit, cum id ageretur, ut retroversus esset liberatus. Nec ad rem pertinet, quod potest conditio non exsistere. Nam cum possit etiam exsistere: in hoc incerto perinde debitor tuendus est, ac si nihil deberet. *L. sufficit, infr. de cond. ind.* Quod si liberationis conditionalis hæc natura est, ut quamvis conditio ejus exstiteritt, amen non liberetur debitor ipso jure, sed jure civili adhuc pecunia debeatur, et peti possit, ut fit, cum quis solum habet exceptionem, *Inst. de excep.* idque ipsum secundum naturam liberationis agi intelligitur: quanto magis natura liberationis et conventio facere intelligitur, ut pendente adhuc conditione pecunia peti possit? Absurdum sit enim et contra manifestam sententiam ejus, qui in debitorem quid collatum voluit, quod exsistente conditione liberationis illi non tribueretur, id pendente adhuc conditione illi tribui. Sed cur pendente conditione debitori non datur exceptio, quæ conditione liberationis impleta illi daretur? quia res non patitur, ut ea exceptione utatur, quam non habet: nec vero pendente conditione eam habere potest, quæ nondum nata est. Repugnat etiam conventio, quominus futura exceptione ante eventum conditionis utatur: cum ideo dies incertus adjectus sit, ut in eum diem exceptio differretur. Enimvero cur et nondum nata exceptione non perinde differtur petitio, quasi exceptio jam nata esset, propterea quod eveniente conditione nasci potest, quemadmodum et nondum nata liberatione, per novationem perinde petitionem differri dicimus, ac si jam liberatio nata esset propter incertum eventum conditionis? Quia exsistens posterioris stipulationis conditio facit, ut perinde habeatur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. *L. potior, infr. qui pot. in pig.* Unde hæc constituta si novandi animo interposita est, sic novationis jure et voluntate contrahentium priorem obligationem tollit, ut eam jam a principio ex quo interposita est, non patiatur valere. Secundum quam conventionem est, ne debitor pendente novationis conditione cogatur ex priore obligatione solvere: quia alioqui futurum sit, ut si quandoque conditio exsistat, id solverit, quod ex eventu appareat illum retro non debuisse. At cum liberatio nihil nisi exceptionem adfert: nihil prohibet, quominus exsistente ejus liberationis conditione obligatio prior usque ad illud tempus, quo exceptio nata est, recte consistat, et exinde solum exceptio locum habeat. Conditio autem huic liberationi adjecta ostendit, ut id natura rerum fieri potest, ita id ipsum actum esse, ut fieret: cum exceptio per conditionem sit in illud tempus, quo conditio exsisteret, a creditore dilata. Itaque creditor pendente conditione hujus liberationis ita recte aget, ut nec cogendus sit debitori cavere se pecuniam redditurum, si liberationis conditio exstiterit. Quod enim hæc cautio ab herede in superiore specie exigitur in *d. L. pure, de dol. exc.* propter legatum receptum est: quo in genere legatariis et fideicommissariis legatorum seu fideicommissorum nomine heres satisdare debet ex edicto. *L. 1. infr. ut leg. seu fid. nom. caveat.* Quæ satisdatio non item ab eo creditore exigatur, qui pactus sit, ne a debitore suo petat si navis ex Asia venerit, et dum pendet, an conditio exsistat, id petat, quod ex obligatione pure debebatur. † Sed quo- 3
niam novationis mentionem sæpe antea fecimus, et in ea rationem hujus responsi posuimus: illud monendi sumus, quod in proposita specie dicitur, te quod mihi pure debebas, promisisse Attio sub conditione: intelligi debere factum a te esse novandi animo, ut et facti speciem supra proposuimus. Nam ni ita promisisses, maneret utraque obligatio, nec prohiberer ex priore stipulatione quandocunque visum esset, tecum agere, sive posterioris stipulationis conditio exstitisset, sive non exstitisset. *L. ult. C. de nova. d. §. præterea, in fin. quib. mod. tol. obl.* Nec quem moverit, quod de novandi animo nihil hic exprimitur. Species enim proposita ex sententia auctoris accipienda est. Jabolenum autem de posteriore stipulatione novandi animo interposita sensisse ex eo intelligimus, quod proponit novam personam intervenisse, cui promitteres. Novæ personæ interventu novationem fieri veteres credebant. *d. §. præterea*, Justinianus postea aliter constituit. *d. L. ult. C. de novat.* Sed hoc non facit, quominus verum sit Jabolenum, quo tempore scripsit, sub commemoratione novæ personæ intervenientis de novandi animo cogitasse. Novandi ergo animum ille desideravit, id et nos retinebimus. Cæterum si quæreretur, quo modo hic animus declaretur, in eo Justiniani constitutionem sequemur, et te oportebit ita promittere Attio, ut nominatim dicatur id fieri animo novandi.

Ad L.

Ad L. Cum ad præsens. 37.

Papinianus lib. 1. Definitionum.

Cum ad præsens tempus conditio confertur, stipulatio non suspenditur: etsi conditio vera sit, stipulatio tenet: quamvis tenere contrahentes conditionem ignorent. Veluti: si Rex Parthorum vivit, centum (millia) dare spondes? Eadem sunt, et cum in præteritum conditio confertur.

Ad L. Respiciendum. 38.

Scævola lib. 1. Quæstionum.

Respiciendum enim esse, an quantum in natura hominum sit, possit sciri eam debitum iri.

Ad L. Itaque. 39.

Papinianus lib. 1. Definitionum.

Itaque tunc potestatem conditionis obtinet, cum in futurum confertur.

SUMMARIA.

1. *Conditiones in præsens aut præteritum conceptæ non proprie conditiones; cur, et quam vim habeant.*
2. L. sed etsi non, §. ult. D. de jud. *et* L. cum quidam, §. suum, D. de acq. her. *explicantur, et ambæ inter se ac cum* hoc loco *conciliantur.*
3. *Conditiones in præsens aut præteritum, quid prosit nosse non esse conditiones, et cum non sint, cur vocentur.*

QUod dicitur in *L. certi supr.* condici non posse, si quid debeatur in diem, aut sub conditione. Quod item dicitur in *L. omnia*, et *L. proinde*, *seq. supr.* mutui obligationem conditione suspendi posse. Postremo quod in *L. pecuniam*, proxima dicitur, novatione sub conditione interposita, priorem obligationem suspendi: in his omnibus et similibus locis, hic admonemur conditionis verbo accipiendas esse eas conditiones, quæ in futurum conferuntur, quæ ve-
1 re conditiones sunt; † eas autem quæ in præsens aut præteritum conferuntur, hoc verbo non contineri: quippe has conditiones non esse. Veluti, si Titius consul factus fuit; vel si Mævius vivit, dare spondes? Ad id significandum spectat, quod hic dicitur, his conditionibus stipulationem seu obligationem non suspendi, ut et in *L. conditio*, *infr. de verb. obl.* et §. *conditiones*, *Inst. de verb. obl.* Est enim hoc proprium conditionis, rem in aliquem casum deferre §. *sub conditione*, *Inst. de verb. obl.* His autem conditionibus rem non suspendi, ex effectis singularum demonstratur et hic, et in *d.* §. *conditiones*: item in *d. L. conditio*, *infr. de verb. obl.* Species conditionum hujus generis hæ sunt. Aut enim falsæ sunt, aut veræ: nam de præteritis et præsentibus factis ita loquuntur veteres, et omnino ita loqui oportet. Effectus hic. Nam si falsæ sunt, statim infirmant obligationem; si veræ, statim promissum debetur: ut dicendum sit ex his conditionibus aut statim nullam esse obligationem, aut statim esse aliquam, quæ res ostendit hic rem non differri. Si conditio falsa est: statim perimi et infirmari obligationem scriptum est in *d. L. conditio*, *de verb. obl. et d.* §. *conditiones.* Pro eo quod est, statim nihil valere stipulationem, seu obligationem non tenere. *d.* §. *conditiones.* Quod abusive dictum esse constat. Nam si rem spectamus, falsum est: cum non possit perimi obligatio, quæ nulla est. *L.* 5. *infr. de ini. rup.* Sed cum ignorantia nostra spectatur, videtur obligatio suspendi, quia apud nos in suspenso est, utrum conditio exstiterit, necne. Cujus ipsius ignorantiæ habita ratione dicitur obligatio perimi, cum apud nos certum esse incipit conditionem esse falsam. Est igitur hic sensus:

sus: cum quid promissum est hac conditione, si Titius consul factus fuit: si quidem ille consul factus non est, statim nulla est obligatio; si factus est, statim quod promissum est, debetur. Quæsitum est, an hæc ita sint; etiam si Titium consulem factum esse aut non esse: et in universum an hæc ita sint, etsi hujusmodi conditiones exstitisse aut non exstitisse ignoremus. Et placuit ignorantiam nostram non esse spectandam, sed rei et naturæ veritatem, si modo in hominum natura id sciri potest. *L. respiciendum*, *seq.* ejusque rei hæc ratio redditur in *d.* §. *conditiones*, *Inst. de ver. obl.* quia quæ per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem; licet apud nos incerta sint. Recte utrumque. Videndum est enim quid sit in conditione obligationis. Hoc si exstitit: obligationem natam; si defecit, obligationis spem præcisam esse necesse est. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *infr. de ver. obl.* Atqui hæc erat conditio, non si Titium consulem factum sciremus, sed si Titius consul factus esset. Ac Titium jam consulem factum esse ponimus: de quo si nunc dubitamus, tamen id ita factum esse, postea constitit. Id si ita est, sine dubio exstitit conditio: non enim eo minus verum est illum consulem
2 esse factum, quia id factum ignoremus. † Sed videndum est, ne sit his contraria sententia, quæ legitur in *L. sed etsi restituatur*, §. *ult. supr. de jud.* Paterfamilias mortuus est, relicto uno filio et uxore prægnante. Filius a debitoribus partem dimidiam crediti petit: quod facere potest, si unus filius tantum est in utero uxoris defuncti. Quæritur, an recte petat. Negat Paulus recte petere, quia plures nasci possunt. Quid tamen, si petierit, et postea unus filius natus sit: an non petitio confirmabitur, quia nunc ex eventu sciri cœperit unum tantum in utero fuisse, ideoque vere ad superstitem filium dimidiam partem crediti pertinuisse? Et placet non ideo dimidiam recte petitam, quamvis postea unus natus sit: cum potuerint plures nasci, etiam tunc cum per rerum naturam certum fuit unum nasci. Et additur ratio pene conceptis verbis superiori sententiæ contraria: non enim naturam rerum intuendam esse; sed nostram inscientiam inspici debere: cum prius utrumque contra dixerimus, et quod in rerum natura esset, esse spectandum, et contemni debere nostram ignorantiam. Nos observemus, quibus in rebus hæc dicantur: tum quam recte ita varie dicantur; intelligemus. Agit Paulus in superiore specie, ut apparet, de petitione, quæ suspenditur sub conditione in tempus præsens aut præteritum collata; nos hoc loco et similibus de obligatione, quæ in eundem casum confertur. Ille ait in summa, ea quæ in conditionibus his per rerum naturam certa sunt, si apud nos incerta sint, morari et impedire petitionem, quæ inde pendeat; nos autem, quamvis hæc apud nos incerta sint, non dicimus non morari petitionem, sed obligationem et jus petitoris. *d.* §. *conditiones*, *Inst. de verb. obl.* Optima ratione utrumque: nam obligatio ex eventu ejus rei, quæ in conditione est, solum pendet, non etiam ex ejus eventus probatione, §. *sub conditione*, *Inst. de verb. obl.* petitio autem, quæ judicio instituitur, etiam probationem ejus quod accidisse dicimus, non eventum tantum desiderat. Nihil enim prodest in judicio aliquid factum esse dicere, nisi et probetur. *L. qui accusare*, *C. de eden.* Quapropter si constet per rerum naturam intentionem probari non potuisse, cum agitur, etiam petitionem nullius momenti esse necesse est. Ut tunc accidit, cum filius dimidiam petit, dum adhuc incertum est, an unus tantum postumus nascatur, an plures. Nec confirmabitur petitio, quamvis postea unus tantum natus sit: quia quæ ab initio non constitit, tractu temporis convalescere non potest. *L. quæ ab initio*, *L. quod initio*, *infr. de reg. jur.* Ut autem intelligatur hujus juris rationem in eo esse, quia de filii petitione agatur, cujus probatio cum sit necessaria, ea tamen per rerum naturam in proposito expediri non possit: finge in hac ipsa specie non de petitione filii, sed de ejus jure agi. Placet juxta sententiam hujus loci, si unus postumus tantum sit in utero (quod eventus postea docebit) filium superstitem ipso jure ex dimidia parte esse heredem, et pro dimidia parte debitores hereditarios esse illi obligatos: et hactenus illum teneri creditoribus hereditariis: nec obstare, quod nemo certo scire possit unum tantum filium utero contineri: quoniam hic vere dicturi sumus, quod supra, quæ per rerum naturam certa sunt, ea non morari obligationem, licet apud nos incerta sint. Hoc quidem diserte scriptum est in *L. cum quidam*, §. *suum*, *infr. de acq. her.* ut appareat non esse dissentientes de hac re istas sententias, quæ referuntur in *d. L. sed etsi non*, §. *ult. supr. de jud. et d. L. cum quidam*, §. *suum*, *infr. de acq. her.* sed ut sunt de diversis rebus, ita propriis rationibus unamquamque recte defendi. Interim hoc ratum est, nun-

nunquam conditiones, quæ ad præsens aut præteritum conferuntur, morari jus cujusquam, quod ex his pendeat, quantumvis is cui jus tribuitur, eas exstitisse ignoret. Et quod morantur petitionem filii in specie supra scripta, non propter juris suspensionem accidit; sed propter ejus juris probationem, sine qua petitio procedere non potest: ut vere hic dici possit, quod Paulus in specie *L. duo sunt*, *infr. de test. tut.* non jus deficere, sed probationem. Non sunt ergo, ut est propositum, conditiones, illæ quæ ad præsens aut præteritum conferuntur, quod quidem diserte affirmatur in *L. institutio*, *in fin. infr. de cond. inst.*

3 † Id eo spectat, ut initio dixi, ut quæcunque de conditione in legibus constituta sunt, sciamus ad has conditiones non pertinere. Unde quibuscunque in caussis vetatur adjici conditio, quæque adjecta conditione infirmantur legibus, omnia sunt ejusmodi, ut in his supra scriptæ conditiones adjecta nihil noceant. Ut declaratur exemplo exheredationis sub conditione scriptæ in *d. L. institutio*, *de cond. inst.* Cur igitur vocantur conditiones? quia verbis et figura orationis tales sunt; vi et potestate non sunt, ut significatur in *L. Cornelius*, *infr. de her. inst.* Ideo in *L. itaque*, *seq.* hic, de conditionibus in futurum collatis dicitur, has non verbis conditiones esse, sed potestatem conditionem obtinere.

Ad L. Lecta. 40.

Paulus lib. 1. Quæstionum.

Lecta est in auditorio Æmilii Papiniani præfecti prætorio Jurisconsulti cautio hujusmodi: *Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Mævio quindecim mutua numerata mihi de domo, et hæc quindecim proba recte dari calendis futuris: stipulatus est Publius Mævius; spopondi ego Lucius Titius. Si die suprascripta summa Publio Mævio, eive ad quem ea res pertinebit, data, soluta, satisve eo nomine factum non erit: tunc eo amplius quo post solvam pœnæ nomine in dies triginta: inque denarios centenos, denarios singulos dari stipulatus est Publius Mævius, spopondi ego Lucius Titius. Convenitque inter nos uti Publio Mævio ex summa suprascripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa ei, hæredive ejus.* Quæsitum est de obligatione usurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. Dicebam, quia pacta incontinenti facta, stipulationi inesse creduntur, perinde esse ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus quoad tardius soluta esset, usuras adjecisset: igitur finito primo mense, primæ pensionis usuras currere: et similiter post secundum et tertium tractum usuras non solutæ (pecuniæ) pensionis crescere, nec ante sortis non solutæ usuras peti posse, quam ipsa sors peti potuerat. Pactum autem, quod subjectum est, quidam dicebat ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usurarum, quæ priore parte simpliciter in stipulationem venissent: pactumque id tantum ad exceptionem prodesse: et ideo non soluta pecunia statutis pensionibus ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim expressum esset. Sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usuræ ex eo tempore, quo moram fecit, accedant. Et si (ut ille putabat) ad exceptionem tantum prodesset pactum (quamvis sententia diversa obtinuerit) usurarum tamen obligatio ipso jure non committeretur. Non enim in mora est is a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. Sed si quantitatem, quæ medio tempore colligitur, stipulamur, cum conditio extiterit, sicut est in fructibus, idem et in usuris potest exprimi, ut ad diem non soluta pecunia, quod competit usurarum nomine, ex die interpositæ stipulationis præstetur.

S U M M A R I A.

Lecta est) Cum Æmilius Papinianus esset præfectus prætorio, eoque et pro jurisdictione sua in auditorio suo jus redderet: delata est ad eum caussa, in qua ex cautione hic proposita controversia incidit. Quam ob caussam apud eum lecta et recitata cautio est, ut ex verbis existimari posset, quid de quæstione nata judicari
1 oporteret. † Cautio hic chirographum est, et ita passim chirographum dici constat. *L. emptor* §. 1. *supr. de pact. L.* 5. *supr. fam. er. L. qui tabulas, tota, infr. de fur.* Vel quia chirographum stipulationem continet, quæ proprie cautio nominatur, *L. sancimus, C. de ver. sig.* ut sit continens pro contento. Vel potius quia omne per se chirographum etiam sine stipulatione cautio est: fit enim eo securior creditor de pecunia credita propter rei gestæ probationem, quæ inest in chirographo, cujus probationis constituendæ caussa omne chirographum datur. Securum autem aliquem facere de re aliqua est ei cavere, et cautio securitas illa est, qua res alicui collocatur in tutiore loco. *L. plus cautionis, infr. de reg. jur.* juncto §. *ult. Inst. quib. mo. re cont. obl.* Quam rationem verbi tacite notasse videtur Ulpianus in *d. L. qui tabulas, ver. inde, infr. de fur.* dum chirographo quod cautionem nominat, utrumque hoc tribuit, et probationem, et quod per hoc securior fit creditor. † Auditorium in usu juris ma- 2
gistratuum et judicum auditorum intelligitur, locus in quo jus redditur: sic dictus, ut apparet, quod ut caussis agendis destinatus est; ita in eo lites, disceptationesque et concertationes ad caussam pertinentes cum litigatorum, tum patronorum et advocatorum a judicibus et magistratibus audiantur. Ad quod indicandum nunc duo loci sufficient: *L. minor*, 18. *supr. de minor. L. mulier*, 22. *infr. ad Treb.* Plura testimonia si quis desiderat, licet petere ex eruditorum hominum lexicis, quæ versantur in hominum manibus.

Lucius Titius) Verba sunt cautionis propositæ, † in qua ad quæstionem de usuris 3
hic positam, et Pauli de ea quæstione rationem intelligendam animadverti debet, tria hæc in summa contineri: stipulationes duas, et conventionem unam: hæc autem esse hujusmodi. Priorem stipulationem esse sortis, qua creditor stipulatus est totam sortem semel sibi reddi Calendis proximis. Alteram huic subjectam esse stipulationem usurarum, qua idem creditor stipulatus est totius summæ supra scriptæ usuras, si ea summa sua die soluta non esset. Conventionem esse eam, quæ ex continenti interposita sit, ut conditionem stipulationis sortis immutaret hoc modo. Nam cum ex stipulatione sortis solvi deberet tota sors proximis

Ca-

Calendis: conventione ea effectum est, ut debitor Calendis proximis tantum necesse haberet ex supra scripta summa præstare trecentos denarios, ac deinceps totidem singulis mensibus, qui postea consequentur, donec pluribus pensionibus divisim solutis, ea summa omnium fieret, quæ sortem conficeret. Hæc conventio cum de sorte tantum concepta esset: de usuris quæstionem attulit. Ad quam prius quam venio, verba cautionis quædam nobis attingenda sunt, de quorum sententia præcipue dubitari solet.

Quindecim mutua numerata) Ex usu loquendi Romanorum aut denaria intelligere debemus, aut sestertia: his enim verbis ad pecunias et summas distinguendas in utroque genere utebantur. Pondo autem numerata, quod vulgo hic suppletur, nunquam illi dicerent: cum pondo appendantur, non numerentur. Sed, ut dixi, sic eorum usus fuit, ut denaria aut sestertia dicerent, cum summas notare vellent. Utrum ex his intelligamus, ad rationem recti sermonis, et ad mutui naturam nihil interest: sed denaria intelligi sententiæ loci non convenit. Proponitur enim convenisse postea, ut trecenti denarii menstrui præstarentur ex sorte, eaque summa pro exigua sortis portione habetur. At isto modo portio multis partibus major esset, quam totum: cum in portione essent trecenti denarii, seu trecenta denaria (nam utrumque idem valet) in sorte autem essent tantum quindecim. Si hic supplemus millia, quod quibusdam placet, ut significetur quindecim millia denariorum mutua numerata: conveniet quidem summa sortis proposito, ut quæ multas ejusmodi summas contineat, quorum in singulis sint trecenti denarii: qualem sortem hic accipi debere conventio subjecta ostendit. Sed verendum est, ne verba non ferant: dicuntur enim hic tantum quindecim, non quindecim millia. Inter quæ quantum intersit, nihil necesse est dicere: est enim in promptu. Verendum etiam, ne id faciamus sine exemplo: Animadverto enim alibi, cum in denariis datis millenarium numerum veteres intelligi voluerunt, eos nominatim expressisse, ut fit in L. *Publia*, §. *fi. infr. dep.* L. *si ita stipulatus*, §. *Chrysogonus*, *infr.*
4 *de ver. obl.* † Melius est igitur, ut quindecim sestertia hic intelligamus. Et vero consuetudo loquendi apud Romanos recepta ita faciendum esse monet: nec quidquam est in verbis aut sententia hujus loci, quod refragetur. Consuetudo loquendi hæc fuit; ut Budæus docet *lib.* 2. *de asse*, ut cum veteres dicebant decem, viginti, centum mutua rogata aut data esse, intelligerent, sestertia: et centies datum erat, centies sestertium seu sestertiorum: quod ille multis et idoneis testimoniis confirmat. Ut autem usus recipit, ut sestertia recte intelligamus: ita etsi nihil amplius dicamus, quam quindecim sestertia numerata: idest, nullum numerum adjiciamus præter eum, qui hic expressus est; tamen his verbis ea summa exprimitur, quæ nihilo minus, quam superior, sententiæ hujus loci congruat: continet enim et ipsa sæpius trecentos denarios, quod fingi ad sententiam hujus loci volumus. Nam ut idem eodem loco scribit, sestertium in neutro genere valet mille sestertios nummos: ut cum dicimus quindecim sestertia esse numerata, hoc dici intelligatur, numerata esse quindecim millia sestertiorum nummum: cujus summæ exigua pars est trecenti denarii, de quibus per singulos menses præstandis conventio subjecta esse proponitur. Nam quod idem ibidem docet, valuit denarius quatuor sestertios nummos: ut hinc colligere liceat in summa quindecim millium sestertiorum contineri ter mille septingentos quinquaginta denarios. Hæc enim summa si quadrupletur in sestertiis, ut facere oportet, si in unoquoque denario insunt quatuor sestertii: efficiet quindecim millia sestertiorum: quam summam statuimus. Hoc idem et Alciatus sentit.

De domo) † Scribit quidem Donatus in 5
Adelph. act. 2. *sc.* 4. item in *Phor. act.* 5. *scen.* 7. quod et alii eruditi viri nonnulli hic annotarunt, apud veteres magis pecuniam numerari solitam de mensa, idest, per argentarios et nummularios, quam de domo et arca creditoris, et præterea ubi pecunia numerata esset, solere adjici. Sed neque cur per argentarios pecunia soleret numerari, neque quamobrem hæc verba, *de domo*, adjicerentur, docet: quod ex libris nostris intelligi potest. Didicimus igitur argentariorum officium et ministerium publicum fuisse: horum præcipuam operam fuisse hanc, ut singulorum rationes diligenter conficerent de pecuniis quas acciperent, quasque erogarent. *L. prætor*, *in pr. L. argentarius*, *in pr. supr. de ed.* Eandem caussam fuisse et nummulariorum. *L. quædam*, §. *nummularios*, *supr. eod.* Quæ rationes, quæque scripturæ ad officium pertinentes ab his conficerentur, eas fidem habuisse publicam; certe fuisse ejusmodi, ut his probatio rationum maxime contineretur, unde et ad fidem earum sæpissime decurrebatur. *d. L. quædam*, §. *nummularios.* Hinc mensæ scriptura inter genera probationum in *L. qui tabulas*, §. *inde*, *infr.*
de

de fur. Hac de caussa in pecuniis dandis reddendisque et accipiendis solebat res transigi per nummularios, quia et facilius per eos transigebatur, et publica fide. Id autem si quando factum non esset: quia factum id erat præter morem usitatum, ideo in chirographo privato caussa reddebatur, cur ad nummularios itum non esset: caussa vero hæc erat, quod pecunia numerata esset a creditore de domo, seu ex arca ejus, ut hic, et *L. quidam, infr. de const. pec.*

6 Proba recte dari) † Adjecta sunt hæc verba, magis quo res planius exprimatur, quam quod fuerit necesse adjici. Nam debitor citra aliam creditoris cautionem nummos reprobos solvendo non liberatur. *L. eleganter, §. qui reprobos, infr. de pig. act.* Recte autem valet sine incommodo et damno creditoris. *L. aliud est capere, §. ult. infr. de verb. sig.* Porro ut de eo nihil aperte cautum sit: tamen alia forma, aliave qualitate pecuniam solvere, quam qua accepta est, ut creditor ex ea re aliquod damnum sentiat, debitori non licet. *L. debitorem, 99. infr. de solut.*

Data, soluta, satisve eo nomine factum
7 non erit) † Solvere pecuniam est naturaliter numerare. *L. solutam, infr. de sol.* Satisfacere eo nomine est, pro eo quod debemus, creditori aliquid præstare, quo ille sit contentus, quodque admittat vice solutionis. *L. 5. §. satis acceptio, infr. de ver. obl. L. si rem, §. omnis, infr. de pig. act. L. item, §. 1. infr. quib. mod. pig. vel hyp. sol. d. L. solutam, in fin. de sol.* Quæ duo cum ita differant, recte utrumque comprehensum est. At illud, *data*, superfluum videri potest. Et est omnino, *si data soluta* pro disjunctis accipimus: sufficiebat enim soluta dicere: cum non solvatur pecunia, nisi detur, id est, ita tradatur ut transferatur etiam ejus dominium in creditorem. *L. cum quis, §. qui hominem, L. qui sic solvit, infr. de sol.* Sed possunt hæc duo, data soluta, pro una re accipi, nempe pro ea cujus finis sit solutio, ut sit sensus: si ea pecunia non erit data solutionis caussa, quod per τμῆσιν defendi potest Virgilianæ illi non dissimilem, pateris libamus et auro, idest, pateris aureis: quo sensu dici potest sine vitio ista conjungi.

8 Tunc eo amplius quo post solvam) † Si ita legeretur, *quoad post solvam*, non negem id et ad sententiam hujus loci, et ad rationem recti sermonis non inepte dici. Quin etiam eadem forma loquendi Paulum uti paulo post constat: illic, *dicebam.* Sed consentiunt omnia exemplaria in hanc lectionem, *quo post solvam, non tantum* hic, sed etiam in *L. si ita stipulatus, §. Chrysogonus, infr. de ver. obl.* Et vero hanc lectionem retinendam esse arbitror: pertinet enim ad sententiam stipulationis de tempore, quo usuræ præstari debeant, certius et clarius exprimendam. Nam si dicimus usuras promissas, quoadusque sors soluta esset: dubium adhuc relinquitur, utrum debeantur usuræ non tantum ejus temporis, quod calendas sequitur, sed etiam ejus quod antecedit. His autem verbis, *quo post solvam*, declaratur promitti usuras solum ejus temporis, quo post Calendas sors solvetur, non etiam præcedentis. Estque hic sensus verborum: promitti usuras amplius eo, id est, præter id, *quo*, idest, in quo ego debitor post Calendas solvam, idest in summa, præter sortem, quæ post solvetur.

Pœnæ nomine) † Usuram hic promitti manifestum est; promittitur enim pecunia pro usu sortis. Sed et quæ accessio hic promittitur, ea post singulis prope lineis usura appellatur, in *vers. quæsitum est, et deinceps.* Cur igitur hic vocatur pœna? quia non minus hæc ipsa usura in hac specie pœna est. Non enim simpliciter pro usu pecuniæ mutuo datæ promittitur; sed sub conditione, si sors sua die soluta non erit. Pœnam autem in stipulationibus et legatis dici constat omnem summam; cujus præstatio imponitur debitori hac conditione: si aut non fecerit quod illum facere oportebat, aut contra quam cautum est, fecerit. *§. ult. Inst. de ver. obl. §. ult. Inst. de legat.* Et recte: injicitur enim hæc præstatio coercendi debitoris caussa, ut est in *d. §. ult. Inst. de legat.* generaliter autem pœna dicitur, omnis delicti vindicta et coercitio. L. *aliud est fraus: infr. de ver. sig.*

In dies triginta) † Quod hic dicitur pœ- 10
næ nomine de singulis centum denariis promitti unus denarius, idest, pars centesima, idque in singulos triginta dies, idest, in singulos menses, aperte eo spectat, ut significetur hic promitti usuram centesimam. Usura namque centesima est centesima pars sortis in singulos menses, ut inter omnes eruditos convenit: de quo scripsi in Commentario *De Usuris.*

Conventitque) Conventio est, de qua initio dixi: qua diligenter notandum est non id agi: ut quid novi creditori detur, aut ut quid creditor petat ex ea conventione, quod prius non liceret; sed contra ne illi detur, neve is petat, quod prius ex stipulatione sortis petere poterat. Nam cum prius ex stipulatione sors tota ei deberetur: conventione hac effectum est, ne

sortem totam semel posset petere, sed tantum ex sorte trecentos denarios singulis mensibus, donec pensionibus menstruis omnibus in unum collatis tota sors confecta esset. Quod quam conducat recte expendi, quamque pertineat ad interpretationem illius sententiæ, quæ sequitur, *pacta in continenti facta inesse creduntur, postea dicetur*.

Ex omni summa ei heredive ejus.) Inculcatio hic est; sed tamen non prorsus otiosa, ne quis eam continuo repudiet. Prius enim dictum erat, ut trecenti denarii menstrui præstarentur ex summa supra scripta; sed non erat additum, placeretne præstari ex omni summa, an ex parte: nunc ergo additur ex omni summa trecentos denarios menstruos refundere P. Mævio (sic enim legendum esse omnes vident, non ut in Pand. Florentinis, pro Mævio) De herede Mævii nihil dictum erat: quare et de eo nunc additur. Itaque sic locus accipi debet, quasi ita scriptum esset: convenitque inter nos, uti P. Mævio ex summa suprascripta menstruos refundere debeam denarios trecentos: et id, ne qua sit dubitatio, non ex parte aliqua ejus summæ, sed ex omni summa; nec tantum Mævio, sed etiam hæredi ejus.

Quæsitum est de obligatione usurarum: quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat) Re ita composita ut supra scriptum est, acciderat, ut numerus mensium, qui solutioni competebat, transiisset, ut Paulus loquitur: id est, ut præteriissent omnes menses, qui ad solutionem sortis constituti erant, seu quibus sors tota divisis pensionibus solvi poterat, et debebat. Hi sunt tredecim circiter menses, ut quidem quindecim sestertia mutua data esse supra interpretati sumus: quorum mensium unoquoque si solvantur trecenti denarii juxta conventionem, efficitur summa ter mille septingentorum quinquaginta denariorum. Atque ita hi menses præterierant, ut nullo mense pensio constituta soluta esset: ut sic usuræ omnium mensium deberentur ex stipulatione usurarum. Hinc de usurarum obligatione quæsitum est. Quid quæsitum sit, Paulus non exprimit; sed ex eo quod respondet, facile intelligitur: id enim responso de-
11 cidit, quod in quæstione fuerat. † Quare cum dicat in proposito non totius sortis usuras singulis mensibus deberi, sed tantum cujusque pensionis suo mense non solutæ: satis declarat hoc ipsum quæsitum esse, utrum sorte singulis mensibus non soluta totius sortis usuræ per singulos eos menses debeantur, an vero ejus tantum pensionis: quam ex conventione subjecta per eos menses licuit solam præstare. Non hic quæritur, ut Accursius putat, quo ex die incipiat currere stipulatio usurarum, et sortis. Nam de eo apud Paulum nihil respondetur, ut observabimus in *vers. dicebam*: et cur de die stipulatione comprehenso dubitetur, an manere debeat, cum is pacto non mutetur? Multo minus quæritur, an ex pacto hic subjecto actio nascatur. Nam quomodo esse posset actio ex ea conventione, quæ non ad obligandum promissorem interposita est, sed ad liberandum? Et male dictum Pauli de pactis quæ insunt, Accursius accepit, cum id eam sententiam habere existimavit, quasi diceretur id pactum actionem parere, ut suo loco intelligetur. Una, ut dixi, quæstio est, an tota sorte non soluta debeantur usuræ totius sortis; an solum illarum pensionum, quæ unoquoque mense solvi debuerunt. Quæstio in eo est, utrum ea conventione quæ secuta est, a priore stipulatione usurarum recessum sit, an non sit. Nam si recessum non est: totius sortis usuræ ut ab initio, ita etiam nunc debentur. Si est recessum similiter, ut et a stipulatione sortis: eveniet ut quemadmodum solum trecenti denarii singulis mensibus ex stipulatione sortis præstari debent; ita his suo tempore non solutis solum istarum summarum usuræ debeantur, non totius sortis. Ideo in eo controversia constitit. Quod ex concertatione Pauli et aliorum a Paulo dissentientium, quæ deinceps exponitur, liquido intelligi potest. Cum enim existimaret Paulus singularum pensionum duntaxat usuras deberi: hac ratione usus est, quod diceret conventione subjecta recessum esse a stipulatione usurarum. Cum alii dissentirent, putarentque tota sorte singulis mensibus non soluta totius sortis usuras deberi: id rationis habuerunt, quod conventio quæ de sorte solum interposita est, nihil pertineret ad stipulationem usurarum, eoque de ea nihil immutasset. Quæstio ergo, ut dixi, in eo est, an a stipulatione usurarum recessum sit superiore conventione. Quid est igitur, cur amplius dubitemus, dicet aliquis, cum conventio de sorte sit, non de usuris? Et si verba conventionis solum spectamus, non est recessum; sin vim et potestatem conventionis, contra est. Non enim potest a stipulatione sortis recessum esse ita ut ex ea solum trecenti denarii debeantur, quin recessum sit et a posteriore usurarum. Ergo res eo deducitur, ut quæratur, quam vim hæc conventio habeat ad immutandam stipulationem cum sortis tum usurarum: qua

et

et de re inter Paulum et adversarios fuit contentio. Sed quid hic quæstionem faciat, de eo planius ex responso et ratione Pauli, tum adversariorum rationibus et harum refutatione intelligetur.

12 DICEBAM) † Sententia Pauli de proposita quæstione hoc loco exposita, hæc est: Conventione hac in continenti interposita, ut debitor ex sorte refundere solum debeat singulis mensibus trecenos denarios, perinde stipulationes præcedentes accipiendæ sunt, quasi creditor trecenos istos denarios singulis mensibus sibi dari stipulatus esset: ac nisi supra scripta summa suo quæque tempore soluta esset, ejus summæ stipulatus esset usuras. Id quod si factum esset, constaret trecentis denariis menstruis unoquoque mense non solutis, ejus solum pensionis usuras deberi, non totius sortis. Ideo et nunc idem statui oportet. Quapropter si primo mense trecenti denarii soluti non sint, ejus pensionis usuræ current, inquit Paulus: idest, incipient deberi ita, ut solæ debeantur. Quod si nec per secundum aut tertium tractum soluti fuerint (sic mensem vocat, quia is tractus est, et spatium ad solvendam quamque pensionem constitutum) si, inquam, per tres menses trecenti illi denarii soluti non erunt: usuræ, inquit, non solutæ pensionis crescent. Innuit hoc verbo postremæ quidem pensionis quæ tertio loco solvi debebat, usuras incipere deberi, et semel deberi, quoniam uno tantum mense ea pensio dilata est: at usuras præcedentium pensionum incipere deberi sæpius, pro numero videlicet mensium, quibus illæ pensiones non sunt solutæ: puta secundæ pensionis debebuntur usuræ bis, quia pensio secundo et tertio mense soluta non sit; primæ autem pensionis usuræ ter, quia ea pensio nullo ex tribus mensibus soluta fuerit. Quod in præcedentibus pensionibus eodem modo accidit: ut fieret, si totius sortis usuræ promissæ essent, si sors sua die soluta non esset: sorte enim deinde per plures menses non soluta, singulorum mensium deberentur usuræ, et ita per singulos sequentes crescerent. Sed in summa hoc declarat, usurarum in proposito hanc esse conditionem, ut his pensionibus non solutis, quæ unoquoque mense solvi debuerunt, nihil amplius præstari debeat usuræ nomine, quam usura uniuscujusque pensionis, non totius sortis, quæ unoquoque mense soluta non fuit. Numquamne ergo totius sortis usuræ in hac specie peti poterunt? imo, inquit, poterunt, sed tunc solum, cum tota sors peti posse cœperit: quod evenit, his mensibus præteritis, qui solutioni menstruarum pensionum constituti erant. Non adjicit Paulus unde primum mensem solvendæ primæ pensionis numeremus, ut eo finito exinde ejus pensionis usuræ cedant. Ideo quæri solet, utrum ex Calendis proximis quæ stipulatione sortis comprehensæ sunt, eum numeremus; an potius ex die interpositæ stipulationis: ut quemadmodum pacto, quod postea secutum est, mutatus est modus sortis solvendæ: ita mutatus sit et dies solvendi, ac proinde usurarum. Sed cum creditor conventione tantum sortem, quam ex Calendis proximis præstare oportebat, diviserit, in die autem stipulationis aperte nihil immutarit: diem manere oportet. Quod enim non mutatur, quare stare prohibetur? ut est in *L. sancimus*, *C. de testa.* Itaque hoc convenisse intelligendum est, ut ex Calendis proximis non jam totam sortem solvi oporteat, sed solum trecentos denarios menstruos, ut prius ex stipulatione necesse erat: ex Calendis tamen qui dies aperte mutatus non est. Atque hæc Pauli de proposita quæstione sententia est, comprehensa hoc loco usque eo, *Pactum autem, quod subjectum est.* Sed obstabant Paulo verba stipulationis usurarum, quæ ita concepta est, ut quemadmodum sors tota promissa erat stipulatione sortis, ita si hæc soluta non esset, promitterentur hujus summæ, idest, totius sortis usuræ. Et necesse est tolli quæstionem, ac falsam videri Pauli sententiam, nisi hoc dicitur, pacto quod postea secutum est, recessum esse a stipulatione usurarum: ut jam non nisi trecentorum denariorum menstruorum usuræ debeantur, si hi aliquo mense soluti non essent. Quam enim stipulationem ab initio fuisse constat, nisi ea sublata aut mutata postea est, eam necesse est etiam nunc manere. Ergo hoc ipsum respondet Paulus; revera et hic superiore pacto ab usurarum stipulatione recessum esse. *Dicebam*, inquit, *perinde esse, ac si creditor certam summam*, eam ipsam nimirum quæ conventione comprehensa est, *stipulatur*, *hujus summæ usuras adjecisset*, atque ita a priore stipulatione usurarum totius sortis recessisset. At hic rursum occurrebatur Paulo ex verbis conventionis. Nam ea conventione de sorte tota semel non præstanda cautum est; de usuris totius sortis non præstandis nihil. Quare etiam nunc post eam conventionem sorte tota non soluta totius sortis usuras deberi oportet. Et omnino ita res habet, ut, si dicatur hac conventione recta et aperte a stipulatione usurarum recessum esse, perspicue falsum sit: cum nullum sit verbum in ea conventione de usuris.

ris. Sed per consequentiam stipulationis sortis ab ea recessum esse vult, idque ita ostendit: probat enim pacto mutatam esse stipulationem sortis, conversa priore summa in eam summam, quæ pacto continetur. Ex quo colligit simul discessum esse a priore stipulatione usurarum totius sortis, et jam novæ solum istius summæ quæ in stipulationem sortis deducta videtur, usuras deberi. Perinde est, inquit, ac si certam istam pecuniam trecentorum denariorum, de qua in conventione agitur, per singulos menses creditor esset stipulatus: quo posito etiam illud consequens est, quod subjicit, ut videatur qui eam summam ita stipulatus est, ejus quoque solius summæ, si soluta non esset, usuras adjecisse. Si prius verum est: recte colligitur posterius, etiam hactenus stipulationem usurarum esse immutatam, et solum trecentorum menstruorum, qui soluti non erunt, deberi usuras. Nam in cautione proposita sic concepta est usurarum stipulatio, ut non contineat certæ alicujus summæ et definitæ usuras; sed ejus solius, quæ stipulatione sortis præcedente comprehensa erit: sic enim conditio est stipulationis usurarum, si summa supra scripta data soluta non erit. Quibus verbis efficitur, ut si tota sors prius semel promissa sit, etiam hac non soluta totius sortis usuræ debeantur; sin deducti sint in stipulationem sortis trecenti tantum denarii menstrui, hujus etiam summæ usuræ promissæ intelligantur, non totius sortis. Nec quenquam hic moverit, quod dicitur pactum de una re factum, in alia re non nocere. L. *si unus*, §. *pacta*. illic, *ante omnia*, *supr. de pact.* Id enim ad alias res principales, non ad accessiones rei principalis de qua cautum est, pertinet. Certi enim juris est principali obligatione sublata aut mutata, tolli etiam aut mutari eas obligationes, quæ accessionum locum obtinent. L. *in omnibus*, *infr. de sol. L. cum principalis*, *infr. de reg. jur.* Hic autem stipulationem usurarum esse accessionem stipulationis sortis, et ex ea pendere, cum usurarum natura ostendit, de qua in L. *eos*, *in pr. C. de usur.* tum maxime conceptio et conditio superior stipulationis usurarum. Itaque in ea collectione quam dixi, probanda non laboravit Paulus hoc loco, ut quæ per
13 se pateret ex supra scripta conditione. † Solum illud, quod firmamentum habuit sententiæ suæ, sibi attingendum putavit, ut probaret ea conventione quæ subjecta est, immutatam esse sortis stipulationem: et in eo est, ut ostendat immutatam esse ipso jure: idest, ita eam jam accipi debere, quasi ea stipulatione creditor trecentos tantum denarios ex sorte singulis mensibus sibi refundi stipulatus esset: quod merito sibi probandum putavit, indiget enim maxime probatione. Nam quomodo videri possunt trecenti denarii per singulos menses stipulatione promissi esse, qui verbis in stipulatum deducti non sunt? Probat autem hac ratione, a qua statim exorditur: *quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur.* In qua ratione tria quærenda sunt: Primum quid hæc sententia ad rem pertineat, ut hinc efficiatur quod proposuimus. Nam si ex ea id non efficitur, nihil necesse est longius progredi, et hoc quæri, an sententia vera sit, necne. Deinde si apte adhibetur ad id probandum: an per se sententia, quatenus huic loco convenit, vera sit. Postremo an generaliter et in universum accipienda, uti hoc loco verbis quoque generaliter concepta est. De quibus dicam ordine.

Recte vero, ut a mente Pauli primum ordiar, ad id quod propositum est, superior sententia adhibetur: atque adeo id ipsum
ea sententia efficitur. † Inesse enim stipu- 14
lationi significat, stipulatione contineri. Nam quod Ulpiano valet, pacta in continenti facta inesse bonæ fidei judiciis seu contractibus, in *L. jurisgentium*, §. *quinimo*, *supr. de pact.* id Papiniano valet, pacta hujusmodi contractu emptionis contineri in *L. pacta conventa*, *infr. de act. empt.* Quid autem fieret, si stipulatione sortis contineretur hoc pactum, ut ex summa supra scripta menstruos solum refundere promissor deberet denarios trecenos? Nempe hoc eveniret, ut hi ipsi ex stipulatione soli deberentur, sors autem non deberet præstari Calendis: quia conventione id comprehensum esset, et stipulatio id ipsum contineret, quod conventio. Ergo et nunc idem fiet, ut sic putemus priorem stipulationem in eam ipsam summam esse conceptam, quæ summa conventione continetur: atque ita non jam quindecim millia sestertiorum promissa, ut ante; sed solum treceni denarii menstrui in stipulatum deducti esse intelligantur. Quam esse Pauli sententiam ut quivis possit cernere, id ipsum est, quod ille ex hac ratione colligens, ait *perinde esse*, ac si creditor summam hanc certam ex tota sorte stipulatus esset sibi reddi singulis mensibus, ideo enim *id perinde est*, quia ita eveniret, si pactum contineretur stipulatione: seu his rebus de quibus con-
venit, stipulatio constaret. † Et notandum 15
est Paulum non dicere, pactis in continenti factis eorum pactorum exceptionem ines-

se stipulationi, ut quidam Pauli dictum acceperunt; sed aperte ipsa pacta stipulationi inesse: quod et recte dicitur. Necesse est enim inesse, quod stipulatione continetur, quodque in partem venit stipulationis. Illud autem neque verbis convenit, ut interpretemur dici hic exceptionem pacti in continenti facti inesse stipulationi, cum longe aliud sit pactum; aliud exceptio, quæ inde nascitur: neque per se ullo modo recipi potest, ut dicatur exceptio pacti stipulationi inesse. Potest quidem dici exceptio inesse judicio, seu judicio contineri: quia exceptio judicii pars est similiter, ut actoris intentio. Et vero ita a juris auctoribus dicitur, cum de bonæ fidei judiciis agitur. *L.* 3. *infr. de resc. vend. L. hujusmodi*, §. *qui servum*, *infr. de legat.* 1. Quominus autem dicatur vel stipulationi vel alii contractui inesse, etiam natura ipsa refragatur: cum id solum insit contractui, quod ejus contractus pars est, seu quod ab eo continetur. Nemo est autem, qui nesciat, exceptionem quæ perfecto jam contractu et conventione nascitur, quæ firmandæ retinendæque conventionis perfectæ caussa datur, quæ eadem in jure posita est, non in facto: rem esse extra contractum maxime, eandemque a contractu maxime sejunctam et separatam, ut plane contractus pars esse non possit, aut contractu contineri. Ac demus etiam dici exceptionem hujus pacti inesse non stipulationi sortis, sed judicio quod ex ea stipulatione institutum erit. Locuti quidem erimus eo modo, quem natura rerum ferat; sed nihilominus et hanc sententiam jus repudiat: quod exceptiones in lite contestanda non oppositas interdum judicio inesse patitur, sed solum in bonæ fidei judiciis; *d. L. hujusmodi*, §. *qui servum*, *infr. de legat.* 1. *d. L.* 3. *infr. de res. vend.* in strictis non aliter admittit, quam si sint in initio contestatæ: *L. præscriptionem*, *L. si quidem*, *C. de except.* stricti autem judicii esse constat stipulationem. *L. in actionibus*, *vers. plane*, *cum L. seq. infr. de in lit. jur.* De exceptione ergo pactorum Paulus non loquitur, sed de pactis. Et recte: Illa stipulationi inesse non potest, sive stipulationis verbo contractum placeat intelligi, sive judicium ex stipulatu; hæc possunt in continenti secuta stipulationi inesse hoc modo, dum his efficitur, ut secundum eorum formam renovata intelligatur præcedens stipulatio: quod Paulum sentire verba quæ sequuntur perspicue ostendunt. Adhibetur igitur recte hoc sensu superior sententia ad efficiendum id quod de renovata stipulatione sortis propositum est: si modo hoc ipsum quod dicitur, pacta in continenti facta stipulationi ita inesse, quasi quod pacto continetur, in stipulatum deductum esset, vere etiam dicatur: de quo non immerito dubitatur.

Itaque sequitur, ut quod secundo loco quæsivimus, de eo videamus. † Et quidem 16
hic nobis statim opponitur natura stipulationis. Hæc enim ut verbis conficitur: *L.* 1. §. *verbis*, *infr. de obl. et act. L.* 1. *infr. de ver. obl.* sic de re quam ex stipulatione deberi volumus, ita verba desiderat, ut nisi quid verbis stipnlationis palam expressum sit, placeat id pro promisso haberi. *L. quidquid*, *infr. de ver. obl.* Qui igitur convenit in proposito dici pactum de trecentis denariis menstruis interpositum ita inesse stipulationi, ut videantur jam hi ipsi stipulatione esse promissi, de quibus ita præstandis nihil stipulationis verbis expressum est? Et si probatur verbis præcedentis stipulationis eam summam contineri, de qua postea pacto cautum est, et præterea quod amplius in stipulationis conceptione fuit, propter subjectum pactum stipulatione non contineri: omnes concedent natura ipsa stipulationis et jure certo ac communi fieri, ut summa pacto comprehensa ex stipulatione priore debeatur, et debeatur sola: atque ita secundum formam pacti ex continenti secuti ea stipulatio rite renovata atque alia quodammodo contracta intelligatur. Id vero fit hoc modo. Cum enim tota sors ab initio promissa est: re ipsa singulæ partes sortis promissæ, et verbis contineri intelliguntur. Ita qui ter mille septingentos quinquaginta denarios Calendis est stipulatus, satis trecentos denarios, quæ pars est illius sortis, et Calendis, et deinceps omnibus temporibus sibi dari stipulatus est. Atque ut hi treceni denarii menstrui prius verbis promissi sunt: ita post conventionem de his solis refundendis ex continenti interpositam retroversus hi ipsi soli in priorem stipulationem deducti existimandi sunt. Quod etsi prima fronte videtur verbis stipulationis refelli, quibus sors tota in stipulatum deducta est: tamen et per se verissimum est, et naturæ stipulationis ita dici maxime congruit. Non enim sola verba perficiunt stipulationem; sed et consensu ad eam rem est opus, ac sine eo stipulatio nulla est. *L. inter*, §. 1. *L. continuus*, §. 1. *infr. de ver. obl.* Quapropter etsi verum est verbis stipulationis totam sortem ab initio contineri: tamen si in continenti consensum est, ne quid præstetur singulis mensibus ex ea summa præter trecentos denarios: quod amplius verbis expres-

sum

sum erit, re ipsa nec promissum, nec stipulatione comprehensum videbitur, quia eatenus deest consensus. Id autem superiore pacto aperte actum est: et pactum secutum est ex continenti. Ne quis autem hanc sententiam Pauli et aliorum quorundam esse putet, sed non etiam cognitam aut probatam Ulpiano, quem hic constitui adversarium multi non temere conjiciunt, et ob hanc caussam hæc sententia minus ponderis apud eum forte habeat: licet animadvertere nihil hic aliud sensisse et tradidisse Paulum, quam quod Ulpianum ipsum tradidisse legimus in *L.* 1. §. *si cui simpliciter*, *infr. de ver. obl.* Quod enim ille scribit, cum detrahitur aliquid obligationi, id est, stipulationi præcedenti, non esse vitiatam obligationem, *si diversitas responsionis ilico placuerit*: tunc enim aliam stipulationem contractam esse videri: non aliam sententiam habet, quam secundum id ipsum quod ita illico placuit, stipulationem renovatam et novam contractam utiliter videri: ut quod detractum est, vere pro detracto habeatur. Sed si hoc consensus sequens facit, cur placet id pactum, quod isto modo stipulationi inesse volumus, in continenti fieri, et quod Ulpianus dicit, responsionis diversitatem ilico placere debere: ut sic ad formam ejus conventionis videatur stipulatio esse contracta? quia in stipulatione contrahenda inter interrogationem et responsionem continuum actum esse oportet, aut certe modicum intervallum stipulationi non contrarium. *L.* 1. §. 1. *L. continuus*, *in pr. infr. de ver. obl.* De sententia Ulpiani plura scripsi ad eum locum. Sane inter sententiam superiorem Ulpiani, et eam quæ est Pauli hoc loco, videri potest hoc interesse: quod Ulpianus loquitur de stipulatione nondum perfecta, ubi videlicet quid detrahitur in ipsa responsione, ac non responsione jam ante constituta, ut indicant illa verba: *nisi responsionis diversitas ilico placuerit*: Paulus autem de ea specie agit, cum jam interposita interrogatione et responsione de tota sorte, subjicitur conventio stipulationem innovans: cui videri potest non debere tantum tribui ad stipulationem jam perfectam renovandam. Sed nullum hoc, aut certe contemnendum discrimen est. Cum enim statim mutatur responsio utriusque consensu, perinde haberi debet, ac si ea non intervenisset, auctore etiam ipso Ulpiano: nam et hic interrogatio quæ vere intervenit, nec intervenisse videtur, ubi ea pacto ex continenti secuto displicuit, et placuit promissoris responsio. Effectum est igitur superiore ratione Pauli, nec minus, ut existimo, ratione certa juris et communi, per conventionem quæ hic secuta est ex continenti, stipulationem sortis quæ præcesserat, ita renovatam esse, ut jam non amplius quam trecenti denarii menstrui ea stipulatione videantur esse promissi. Quo posito, fit quod illum velle jam diximus, et de quo nunc agitur: sic et stipulationem usurarum accipiendam esse: quasi ejus tantum summæ usuras etiam secundum verba stipulator adjecisset, si ea summa suo tempore soluta non esset: et ut loquitur Paulus, PERINDE ESSE, AC SI PER SINGULOS MENSES CERTAM PECUNIAM STIPULATUS QUO AD TARDIUS SOLUTA ESSET, USURAS ADJECISSET) Certam summam, accipe eam de qua ipsa per singulos menses præstanda in proposito convenit. *Usuras adjecisset*, ejus summæ ita in stipulatum deductæ. *Quo ad tardius soluta esset.* Sic in Pandectis Florentinis. Melius, judicio meo, et significantius, si legatur, ut in principio cautionis, *quo tardius soluta esset*: ut sit sensus: perinde esse, ac si creditor stipulationem adjecisset, qua hujus ipsius summæ usuras stipularetur pro eo tempore adjecto, quo ea summa tardius soluta esset: idest, quo secundum conventionem non esset soluta. Hac autem stipulatione usurarum ita constituta, quarum pensionum usuræ debeantur, et quando, et quoties, subjicit in illis verbis, *igitur finito*: quorum sententiam prius jam ab initio interpretationis hujus loci exposui. Hactenus ergo de hoc dicto Pauli, pacta in continenti facta stipulationi inesse, ut erat propositum, duo ostendimus ad Pauli probationem intelligendam et confirmandam cognitu necessaria. Unum: ejus dicti in proposita conventione hanc vim esse, ut quasi ea conventio insit et contineatur verbis stipulationis sortis, ita stipulatio sortis ex eo pacto sic accipi debeat: quasi quod convenit de solis trecentis menstruis refundendis, hoc ipsum videatur et stipulatione comprehensum esse, deque his solis stipulatio esse contracta: quo sensu declaratur eam sententiam ad id de quo quæritur, appositissime adhiberi. Alterum: non minus et hoc per se verum esse, conventionem quæ hic proponitur, ita stipulationi inesse, ut volumus: idest, ita inesse, ut quod amplius continetur stipulationis verbis, quam pacto cautum est, id nec stipulatione cautum videatur: quod intelligi ad id de quo nunc agitur, est satis. Restabat tertium ex tribus propositis, quæ circa hoc dictum quærenda esse diximus, utrum generaliter et in universum recte dicatur, pacta quævis in continenti facta inesse stipulationi.

Sed

Sed hoc a proposita quæstione et instituto Pauli paulo est alienius. Ut enim dederimus non recte in universum dici: tamen de superiore confirmatione nihil mutat: cum etsi alibi falsum esset; tamen in hoc genere pacti, de quo agitur, vere dicatur, ut ostendimus. Quia tamen ad generalitatem definitionis intelligendam pertinet, ita visum est de eo dicere, ut quæstionem in extremum locum hujus interpretationis rejiceremus, ne cœpta Pauli disputatio interrumpatur.

Pactum autem quod subjectum est) Cum de cautione supra scripta in auditorio Papiniani præfecti prætorio, ejusdemque in hac cognitione judicis agitaretur: re, ut fit in quæstionibus dubiis, in consilium vocata, ibi Paulus rogatus sententiam, ut Assessorum officium erat, sententiam eam dixerat, quam supra posuit (hunc enim cum Ulpiano Papiniani assessorem fuisse Lampridius scribit in Alexandro: sententiam autem in eo judicio tum dictam et disceptatam esse ipse Paulus ostendit, cum refert ibi suam sententiam obtinuisse). Sed alii itidem rogati sententias ex eodem numero, ut mos erat, a Paulo dissenserunt. Etsi autem sententia Pauli obtinuerat, ut eum postea referre diximus: tamen ne non recte ipse tum sensisse, aut temere ea sententia obtinuisse existimetur, sic sententiam suam nunc confirmat, ut dissentientium sententiam proponat, ejusque sententiæ rationes, et eas ordine refutet. Dissentientes plures videri possunt, cum ait: *quidam dicebant.* Sed hunc unum fuisse postea aperte indicat illis verbis: *etsi ut ille dicebat.* Sic enim utrumque in pand. Flo. legitur. Nec quidquam caussæ est, cur hæc tanquam contraria sic emendemus, ut aut utrumque numero plurali, aut utrumque numero singulari legamus: initio enim numerus pro numero positus est, vitandæ offensionis caussa, ut existimo, ne quisquam peculiariter videretur notari. Estque in eo ἐναλλαγῇ numeri auctoribus usitata. Si quid autem id ad rem pertinet, probabile est hunc fuisse Ulpianum: non solum quia hic una et Papiniani assessor fuit, ut dixi, sed etiam quia digna Ulpiani persona visa est, adversus cujus sententiam paulo accuratiore responsione Pauli sententia confirmaretur. Plures tamen hic fuerint, an unus, et utrum hic Ulpianus fuerit, an alius: cum ad quæstionem nihil pertineat, laborandum non puto: magisque superiora a me posita sunt, quo narrationi a Paulo hic insertæ fides et ratio constaret, quam quod
17 putarem ea quidquam ad rem facere. † Quicunque ergo aut quotcunque in hac quæstione a Paulo dissenserint, eorum sententia contraria hæc fuit, quam exponit in illis verbis, *et ideo*, *non soluta*, inquit, *pecunia*: quam modo commemoraverat, idest, totius sortis: et non soluta *statutis pensionibus*, idest, his temporibus, quæ ad singulas pensiones solvendas statuta erant, idest, sorte singulis mensibus non soluta: tum *usuras deberi*: intellige, ejus sortis; *ex die stipulationis*, idest, ex die stipulatione comprehenso (is enim dies proprie stipulationis dicendus est quem stipulatio continet, et hac ratione sibi proprium habet; non dies interpositæ stipulationis) atque ita usuras deberi, *atque si nominatim* conventione *id esset expressum.* Itaque breviter hæc eorum sententia fuit: singulis quidem mensibus nihil nisi trecentos denarios ex sorte peti posse propter conventionem: sed tamen si singulis mensibus sors tota ultro soluta non sit, non trecentorum solum denariorum qui soluti non fuerint, usuras deberi, sed totius sortis. Ratio: quia usurarum stipulatio ab initio ita concepta est, ut sorte non soluta totius sortis promitterentur usuræ: neque ab ea stipulatione postea conventione recessum est. Hoc recte, et vere, si modo ab ea stipulatione recessum non sit posteriore conventione. Quæstio ergo, ut dixi, an recessum sit. Itaque ut Paulus prius probaverat ab ea fuisse recessum: sic isti contra probabant ab ea recessum non esse: quorum argumenta hic Paulus recitat: atque hæc duo sunt. Primum, quod pactum quod subjectum est, ad usurarum stipulationem non pertineat, idest, quod de usurarum stipulatione mutanda eo pacto nihil convenerit. Deinde quod id pactum ne stipulationem quidem sortis immutarit: propterea quod prosit tantum pactum ad exceptionem. Prius verbis pacti defenditur: pactum enim de sorte solum dividenda interpositum est, nulla mentione facta usurarum. Hinc effici volebant, eum qui necessitatem totius sortis semel præstandæ remisit, de necessitate usurarum totius sortis nihil remisisse: nec omnino abs re. Nam ipso etiam auctore Paulo, pactum in una re factum in alia re nocere non debet. *L. si unus*, *§. pacta*, *ver. ante omnia*, *supr. de pact.* Posterius argumentum hanc vim habet. Dicat enim aliquis id pactum ideo satis ad stipulationem usurarum mutandam pertinere, quia stipulatio sortis eo pacto mutata sit. Occurrebant huic defensioni adversarii posteriore hoc argumento. Ostendebant enim hoc pactum ne stipulationem quidem sortis immutasse: argu-

gu-

gumento esse, quod conventio tantum ad exceptionem prodesset, ut regula juris effici videtur. *L. juris gentium*, §. *sed cum nulla*, §. *quinimo*, *supr. de pact. L. legem, C. de pact.* Exceptio probat actionem ex stipulatione de tota sorte ipso jure semper mansisse: cum non sit exceptio, nisi adversus actionem jure civili constitutam. §. 1. *et seq. Inst. de excep.* Quod si cum stipulationem sortis pacto renovatam concederemus, ne tum quidem ab usurarum stipulatione recessum esset: multo magis idem probandum erit, si ut nunc, probetur stipulationem sortis pacto sublatam non fuisse. Ad hæc Paulus ita respondet, ut in posteriore diluendo aperte solum occupetur, ratus quod res est, hoc everso, prius sua sponte concidere, ut postea patebit.

SED CUM SORTIS PETITIO.) Sensus est: Si in proposito stipulatio sortis ipso jure mutata esset ita, ut secundum conventionem non amplius quam trecenti denarii menstrui promissi viderentur: non negant adversarii eam conditionem stipulationis futuram fuisse, ut nec amplius ex ea, quam trecentorum istorum non solutorum deberentur usuræ. Nunc ideo volunt stipulationem usurarum manere, quia sortis stipulatio ipso jure non sit sublata. Interim concedunt, quod et negari non potest, eo pacto quod secutum est, petitionem sortis esse dilatam. Atqui hoc eodem redit: hoc enim concesso, *consequens est*, inquit, *ut usuræ ex eo tempore, quo debitor moram fecit, accedant*: ex eo, inquam, solo, non ex alio: proinde ut tandiu totius sortis usuræ non debeantur, quandiu singulæ pensiones menstruæ ex conventione solvi possunt. Dilata enim per id tempus petitione sortis, non fit mora in tota sorte solvenda prius, quam id tempus præterierit, ideoque et interim totius sortis usuræ cessant. Sed cur dilata petitione sortis hoc est consequens? apparet hanc rationem a Paulo reddi, quia interim debitor in sorte solvenda moram non faciat: *ex eo solum tempore*, inquit, *quo moram fecit, usuræ accedunt.* De qua ratione paulo post. Reliquam ejus defensionem pertexamus. Et nihil ad rem pertinere ostendit, quod dicunt adversarii dilatam quidem esse sortis petitionem, sed dilatam esse per exceptionem; non ipso jure, quia pactum ad exceptionem tantum prosit. Etsi hoc ita esset, inquit (quod tamen secus est, et diversa sententia in judicio obtinuit) tamen non modo hoc eos nihil adjuvat; sed etiam hoc admisso consequens est non tantum usuras totius sortis interim peti utiliter non posse, quod jam diximus; sed hoc amplius, interim obligationem earum usurarum non committi: non dico effectu propter exceptionem, sed ipso jure: idest, eas usuras ipso jure non deberi. Sic enim dicitur committi stipulatio conditionalis, cum conditione ejus exsistente, ex ea jure debetur quod cautum est. §. *sub conditione Inst. de ver. obl.* Itaque fieri vult Paulus eadem illa ratione, quam prius reddidit, quia quocunque modo petitio sortis dilata sit, non sit in mora debitor, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.

In hac responsione duo in disquisitionem vocantur. Unum, quam recte ex superiore ratione colligat usuras totius sortis non deberi. Alterum, quam recte dicatur stipulatio usurarum ipso jure non committi: cum sortis stipulationem ipso jure non mutari concedat. Nam quod ad prius attinet, an non vitiose colligi videtur, ideo totius sortis usuras in proposito non deberi, quia debitor in tota sorte solvenda moram non faciat? Hoc enim non aliter consequens est, † quam si posuerimus usuras sortis in proposito 18 non deberi ab eo, qui in sorte moram non fecerit. Quid ergo, an usuræ sortis nisi ex mora deberi non possunt? Hoc vero si Paulus diceret, non tantum aperte falsum diceret, sed etiam a se ipso turpiter refelleretur, qui statim post contrarium scribat in extremo hujus responsi. Finge datam esse pecuniam mutuam solvendam post triennium, et interim usuras pecuniæ esse promissas: quis dubitet recte promissas et promissas deberi? Si interim præstantur, recte ut usuras præstari convenit, nec repeti possunt. *L. qui Romæ, in pr. infr. de verb. obl. L. qui in futurum, in pr. supr. de pact.* Quare et stipulatione recte promittuntur. *L. 4. C. de cond. ind.* Et tamen per tempus statutum sortem peti non posse constat, eoque et promissorem interim moram non facere: quia *non sit in mora is, a quo propter exceptionem peti non potest*, ut hic scriptum est. Cur ergo, inquam, hic negat Paulus usuras sortis ideo deberi, quia debitor moram non faciat? Non utique quia in universum sine mora usuræ deberi non possint; sed quia in proposito non possint, ut erat concepta stipulatio usurarum. Hæc enim erat conditio stipulationis: *si sors sua die data soluta non esset.* Quod valet, si in ea solvenda mora facta esset: fit enim mora, cum sua die pecunia non solvitur. *L. hominem, in fi. infr. mand.* Sic ergo explicatius recte colligas: ex stipulatione usurarum proposita debentur hac conditione, usuræ sortis, si debitor in sorte solvenda moram fecerit. Conven-

ven-

ventione autem quæ postea secuta est, fit ut debitor per eos menses quibus statutæ pensiones refundi ex pacto debuerunt, in sorte solvenda moram non faciat: etsi maxime quis dixerit hac conventione a stipulatione recessum esse solum per exceptionem, ut adversarii volunt. Proinde sorte per eos menses non soluta, sortis usuræ ex stipulatione non debentur, etiam ex adversariorum concessione; sed tantum statutarum pensionum, quæ solutæ non fuerint.

19 Venio ad illud † alterum, quo Paulus ait, etiam si dederimus pacto, quod secutum est, petitionem sortis tantum per exceptionem differri: tamen hinc effici, ut obligatio usurarum totius sortis etiam ipso jure non committatur. Per exceptionem si diceret differri petitionem usurarum totius sortis, ut et differri dicit totius sortis petitionem: res minus haberet dubitationis. Nunc autem vult per exceptionem solum sortem peti non posse, usuras autem totius sortis non posse ipso jure. Quod contra naturam stipulationis usurarum constitui videtur: et maxime ejus, qua usura ut pœna promittitur, ut hic factum est. Nam hujus generis stipulatio accessio est quodammodo stipulationis sortis: certe hac sublata, illa tollitur. *L. eos, in pr. C. de usur. L. 2. supr. si quis caut.* Sic autem stipulationis accessoriæ natura est, ut sequatur conditionem principalis ejus, cui accedit. *L. si eum, §. qui injuriarum, supr. si quis caut.* Consentaneum erat igitur, ut dilata sortis petitione per exceptionem, diceremus quidem differri petitionem usurarum; sed differri eodem modo, nimirum per exceptionem, non ipso jure: contra quam Paulus statuit. Quid si etiam absurdum est ita constitui? Plane enim absurdum videri potest dici conventionem, quæ de usuris nominatim facta non est, plus efficere in stipulatione usurarum, quam in stipulatione sortis, de qua nominatim est interposita. Et omnino ita judicari oporteret, si in utraque stipulatione eadem caussa differret petitionem: quod secus est. In stipulatione sortis petitionem sortis differt conventio secuta, non stipulationis conditio: nam stipulatio non fuit conditionalis. Potest autem petitio pacto differri solum per exceptionem, ut nunc fieri adversariis concedi volumus. At petitionem usurarum in proposito differt proprie non conventio de sorte interposita, sed conditio stipulationi usurarum inserta. Hæc si non exsistit, jure ipso hoc evenit, ut stipulatio non committatur *d. §. sub conditione, Inst. de verb. oblig.* Simul autem atque pacto dilata sortis petitio est, fit, ut conditio usurarum exsistere non possit: quippe dilata petitione sortis, promissor in ea moram non facit. Mora porro non facta, conditio stipulationis usurarum non exsistit: si quidem hæc fuit conditio, si promissor sua die sortem non solveret: idest, si in ea suo tempore solvenda moram faceret, ut ostendi. Ita in hac specie conventio quidem caussam attulit cur conditio usurarum totius sortis non exsisteret: non tamen conventio est in caussa, cur usuræ ipso jure non debeantur, sed defectus conditionis, sub qua illæ debebantur. Illa legitimæ hujus dilationis caussa est sed remota; hæc proxima, eoque propria, quod conditio usurarum deficit. Oratio concisior Pauli, qualis ejus esse consuevit, hoc loco obscuritatem peperit. Cur enim diceret stipulationem usurarum totius sortis etiam ipso jure non committi, quamvis quis concederet pactum ad exceptionem tantum prodesse, solum hanc rationem reddidit: *quia in mora non est is a quo pecuniam propter exceptionem peti non potest.* In quo notas partes argumentationis reliquas prætermisit, tanquam quæ ab attento facile intelligi possent. At hæ non statim percipiuntur ab omnibus: quæ res locum obscuriorem fecit. Res esset planissima, si plena argumentatione ita scripsisset: Quoties sub conditione quid promissum est, conditione non exsistente, stipulatio ipso jure committi non potest. In proposito usuræ totius sortis promissæ sunt sub conditione, quæ conditio non exstitit. Igitur usuræ totius sortis ex ea stipulatione deberi non possunt. Deinde conditionem hic non exstitisse probasset hoc modo: ut diceret conditionem stipulationis usurarum fuisse hanc, si mora in sorte solvenda facta esset: moram autem in eo non esse factam, effici ipsa adversariorum confessione: quia in mora non sit is, a quo pecunia vel propter exceptionem peti non potuit. Sed Paulus brevitati studens solum hoc postremum posuit; de reliquis partibus argumentationis vel exprimendis, vel probandis non laboravit: quia non putavit necesse, ut quas partim ex conceptione ipsa stipulationis, partim jure certo non solum pro notis, sed etiam apud adversarios confessis habuerit. Jam primum si usurarum stipulatio spectatur, dubitari non potest, quin sit sub conditione. Ne illud quidem, quin vi ipsa hæc conditio sit, si promissor in sorte solvenda moram non fecerit: cum hæc verba, *si sors sua die soluta non sit*, hanc significationem habeant, ut ostendi. Itaque hæc ponere, quæ ex stipulatione mani-

ni-

nifesta essent, supervacuum putavit. Sed et illud pro confesso sumpsit, quoties sub conditione stipulatio facta est, conditione non exsistente, stipulationem non committi: est enim juris explorati: *d. §. sub conditione*, *Inst. de ver. obl.* ut ne id quidem aut ponere, aut positum probare opus fuerit. Solum ergo ei restabat, ut probaret in proposito non exstitisse stipulationis usurarum conditionem, idest, moram in sorte factam non esse. Hujus rei probationem cum illi ipsa adversariorum confessio suppeditaret: idcirco hoc arripuit ad certiorem confutationem, ut sua ipsorum concessione illos convinceret: idque est, quod solum posuit. Concedunt enim illi pactum quod hic secutum est, ad exceptionem prodesse: idest, efficere, ut exceptione debitori huic parta, sors ab eo utiliter peti non possit.
20 † Satis hoc est, ut probetur eum in sorte solvenda moram non facere, id quod quærimus. *Non enim*, inquit, *in mora est is*, *a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.* Quæ et ipsa sententia certi juris est. Nam si tota sors a debitore peti ipso jure non posset, citra controversiam is moram non faceret. *L. si pupillus*, *infr. de ver. obl.* *L. nulla*, *infr. de reg. jur.* Ergo nec tunc faciet, cum ab eo peti non poterit propter exceptionem quam habeat. Nihil enim interest juxta regulam juris, utrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *L. nihil interest*, *infr. de reg. jur.* Statuitur eadem sententia ab Ulpiano in *L. sciendum*, *infr. de usur.* Summa est: usuras hic deberi sub conditione, si mora in sorte solvenda a promissore facta sit: pacto de tota sorte non solvenda postea interposito fieri, ne in ea solvenda promissor moram faciat: idcirco nec usuras totius sortis deberi, et quidem ita non deberi, ut nec ipso jure committatur stipulatio. Quo intellecto, etiam me tacente intelligitur nihil huic sententiæ adversari, quod dicitur, pacto convento ipso jure stipulationem non tolli, sed solum infirmari per exceptionem. *L. si unus*, *§. pactus*, *supr. de pact.* Non enim magis confirmare possumus usurarum stipulationem pacto non tolli, quam hoc ipso, quod dicimus pacto fieri, ne contrahatur: quoniam quæ contracta non est, idest, quæ nulla est, ea per rerum naturam tolli non potest. *L. 5. infr. de in. rup.* Hoc autem responso cum in priore parte, tum in posteriore satis aperte respondet Paulus de eo, quod adversarii dicebant: pactum, quod subjectum est, ad solutionem usurarum non pertinere: falsum nimirum id esse. Verbis namque non pertinet; at vi et potestate ita pertinet, ut sortis hoc pacto sublata petitione, licet per exceptionem, usurarum sortis petitio inhibeatur etiam ipso jure: ac quam necesse sit id fieri satis supra demonstratum est. Neque cum hoc dicit, metuendum est ne obstet illud, quod ab eo traditum adversus ipsum referri potest: pactum in una re factum in alia re non nocere. *L. si unus*, *§. pacta*, *vers. ante omnia*, *supr. de pact.* Nam primum vere dicetur, quod supra jam in *vers. dicebam*, respondi, de alia re principali hoc dictum esse; non de accessionibus rei principalis ejus, de qua pacto cautum est: quia principali caussa sublata non sit accessionibus locus. *L. cum principalis*, *infr. de reg. jur.* Qualem esse stipulationem usurarum traditur in *L. eos*, *in pr. C. de usur.* idque sine hæsitatione recte respondetur, ubi defenditur principalem stipulationem sortis ipso jure pacto mutatam esse, ut initio hujus responsi Paulum facere diximus. Sed ut quis concedat eo pacto quod secutum est, petitionem sortis non esse dilatam ipso jure, sed tantum per exceptionem, ut nunc Paulus largitur adversariis: est tamen etiam alia, nec minus expedita ratio, cur existimetur adversus superius illud dictum nihil hic fieri: quia nec pactum quod de sorte interpositum est, per se et ut pactum in usuris noceat. Quod enim hæ peti non possunt, proprie non fit pacto; sed quia post id pactum conditio stipulationis usurarum non exstitit: ut sic defectus conditionis noceat, non conventio, ut paulo ante pluribus disseruimus. Quod nisi ita esset, petitio usurarum hoc pacto non mutaretur ipso jure; sed solum per exceptionem, ut in petitione sortis fieri concedit Paulus. Neque enim idem pactum in utraque stipula-
tione aliud atque aliud efficeret. † Atque 21
hæc de sententia Pauli, ejusque confirmatione in proposita quæstione dicta sunt. Ex quibus perspici potest, quam sit sententia non dico ingeniosa, quod quidem seipsum ostendit, ut quæ ipsis etiam adversariis ex sua concessione extorqueat confessionem; sed quod magis ad rem pertinet, vera et plena æquitatis. Scio et superiore memoria et nostra exstitisse viros doctos, quibus hoc responsum non usque adeo probaretur, videreturque subtilius, quam verius. Sed nisi me fallunt ea, quæ scripsi, spes est his lectis et diligentius expensis impetrare posse Paulum ab his qui contra sentiunt, ut de sententia sua aliquid remittant. Mea quidem sic ratio est (dico tantum quod sentio, quod sine cujusquam etiam leviore of-

fen-

fensione dictum velim) non modo sententiam superiorem Pauli subtilitatis et versutiæ nomine non damnandam aut ejiciendam mihi videri; sed etiam talem esse, quæ si in libris nostris nusquam scripta exstaret, tamen ultro accersenda et amplectanda a nobis fuerit, cum propter ingenii acumen, tum propter manifestam æquitatem. Fateor multum decedere creditori hac conventione de summa usurarum sortis: multum enim interest inter ter mille septingentorum quinquaginta denariorum, et inter trecentorum tantum denariorum usuras. Addo etiam, si quis ita vult, magnam in hac decessione jacturam creditorem facere. Sed quid refert, si usuras creditor voluntate sua remisit? Licet unicuique sui juris persecutionem, aut spem futuræ perceptionis deteriorem constituere. *L. pactum, supr. de pact.* Et cur creditori non liceret partem remittere usurarum sortis, cui ab initio totam sortem sine fœnore mutuam dare licuit? Nam quod dicitur iniquum esse, damnosum esse cuiquam officium suum: *L. si servus*, §. *quod vero*, *infr. de fur.* de invito dictum est. Si quis autem voluit sibi damnosum esse, ei posse esse damnosum certissimo argumento est, quod qui partem usurarum remisit, etiam totam sortem donare potuit. In quo nulla est fraudatio: non enim fraudantur, qui sciunt et consentiunt. *L. nemo videtur*, *infr. de reg. jur.* Solum hoc videndum est in proposito, an creditor usurarum sortis petitionem remiserit. Sed qui totius sortis petitionem pacto remisit, parum honeste caussabitur in hac specie se de usuris sortis non cogitasse. Nam cum hic usurarum conditio ex sortis quantitate, et creditoris mora pendeat, ut ostendimus: consequens est sortis petitione, aut creditoris mora pacto sublata, eodem pacto itidem usurarum petitionem remissam videri. Ut si quis pacisceretur, ne a debitore peteret, idem et de pignoribus reliquisque accessionibus liberandis cavisse intelligeretur, easque liberaret. *L. solvitur*, *infr. quib. mo. pig. vel hyp. sol. L. exceptiones quæ*, *infr. de excep.* Quod verborum vi, et necessaria consequentia continetur, id satis verbis ipsis contineri intelligitur. Nec ferendus est quisquam, qui generaliter quid pactus, caussatur postea se de aliqua re ad eam generalitatem pertinente non sensisse. *L. non est*, *supr. de trans. L. quidquid*, *infr. de ver. obl.* Si voluisset creditor, sortis præstationem remittendo, nihilominus usurarum totius sortis obligationem manere: erat in ejus potestate et de eo nominatim sibi cavere. Quod si fecisset, rata esset conventio, ut mox sequitur in extremo. Quia non fecit, verbis eum et naturæ rerum debitarum stare oportet.

SED SI QUANTITATEM † Quoniam prius dixerat, usuras in specie proposita ex mora tantum accedere, et id, si generaliter dicatur, falsum est: ideo Paulus hic docet, quod dixerat, quomodo accipi velit. Ait igitur tunc solum id verum esse, cum usuræ ex mora promissæ sunt simpliciter, ut hic factum est. Cæterum conventionem servandam esse, si nominatim stipulatione comprehensum erit, ut mora facta, non tantum ex mora usuræ præstarentur; sed etiam ea quantitas quæ medio tempore colligitur, ut ipse loquitur: idest, eæ usuræ, quæ colliguntur eo tempore, quod inter stipulationem interpositam et moram intercedit. In summa hoc sentit, stipulatione effici posse, ut mora facta, præstentur usuræ non tantum ex eo tempore, quo mora facta est; sed etiam retroversus ex die interpositæ stipulationis. Id probat exemplo fructuum. Nam si stipuler a te fundum Tusculanum Calendis mihi dari; et nisi dederis, tunc eo amplius stipuler fructus mihi dari, qui ex die stipulationis interpositæ nati erunt: valet stipulatio, et quandoque mora facta, etiam præteriti temporis fructus peti possunt. arg. in *L. hujusmodi*, *infr. de ver. obl.* Quocirca et in usuris idem admittendum est: nam usuræ vicem fructuum obtinent. *L. usuræ*, *infr. de usur.*

QUAM SENTENTIAM IN UNIVERSUM HABEAT ILLUD PAULI, PACTA IN CONTINENTI FACTA STIPULATIONI INESSE) † Superest, quod in hunc locum rejecimus, ut paulo pluribus explicemus dictum illud Pauli, pacta in continenti facta stipulationi inesse: quæramusque, an uti generaliter scriptum est, ita in universum verum sit, et quid sit hoc *inesse*. Quæstio hinc maxime nascitur, quod alibi pro regula traditum legimus, pacta conventa in continenti facta ex parte actoris seu ad actionem pariendam inesse: sed hoc addito, *in bonæ fidei judiciis*. L. jurisgentium, §. *quinimo*, *supr. de pact.* et quod idem valet, pacta in continenti facta in bonæ fidei judiciis parere actiones. *L. in bonæ*, *C. de pact.* Hæc adjectio, *in bonæ fidei judiciis*, hanc vim habet, ut declaretur in strictis judiciis non idem juris esse. Idque ex similibus orationibus intelligi potest. Cum enim dicitur in bonæ fidei contractibus usuras ex mora deberi; L. *mora*, §. *in bonæ*, *infr. de usur.* hoc significatur deberi in bonæ fidei, non in stricti juris judiciis: nam in his non debentur nisi per sti-

stipulationem. *L.* 3. *C. de usur.* Item cum dicitur, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis: *L.* 3. *infr. de resc. vend.* hoc dici intelligimus, in his solum inesse, non etiam in strictis judiciis: quoniam in stricta judicia non veniunt exceptiones nisi nominatim contestatæ. *L. præscriptionem*, *L. si quidem*, *C. de exc.* Et certe supervacuum et ineptum est de bonæ fidei judiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter insunt omnibus contractibus, quibus subjiciuntur. Atqui hoc si ita est, ut superiore definitione judicia stricta excludantur: contrarium erit, quod hic generaliter traditur, pacta in continenti facta inesse stipulationi: si quidem uti scriptum est, ita et generaliter accipitur. Nam stipulationem stricti judicii esse constat. *L. in actionibus*, *in fin. et L. alias*, *seq. infr. de in lit. jur.* Quæ inter se conciliandi una ex his duabus ratio est, vel ut fatentes superiore definitione judicia stricta excludi, ad eam sententiam revocemus dictum Pauli hoc loco, negemusque generaliter esse accipiendum, certe non de his pactis, quæ composita sunt ad aliquid aliud petendum: vel contra dictum Pauli generaliter, uti verba sunt, accipientes, sic interpretemur, quod dicitur pacta in continenti facta inesse in bonæ fidei judiciis ad actionem: ut dicamus bonæ fidei contractuum mentionem fieri, quia in his maxime ea pacta insint: non ideo, ut judicia stricta removeantur. Ita ex omnibus his inter se conjunctis locis effici hanc definitionem: pacta in continenti facta pariter inesse contractibus omnibus, quibus accedunt. Et habet utraque pars suos defensores. Utrum ergo faciendum sit, quæritur. Id ita intelligetur, si de dicto Pauli in universum, ut proposui, dixerimus: videamusque utrum pacta omnia Paulus intelligat, an non omnia: tum quæ natura inesse possint, aut non possint, et quid sit, inesse. Ego sic statuo, duo genera esse pactorum, quorum unum inesse possit stipulationi, et insit re vera, si pacta in continenti facta sint: alterum quandocunque interpositum sit, non possit stipulationi inesse, ac de hoc Paulum non sentire. Id autem cum sit genus illud, quod illa altera definitione veterum excludatur: hinc fieri, ut simul illius veram sententiam recte retineas; neque tamen dictum Pauli cum illa definitione pugnare intelligatur.

24 † Quæcunque pacta fiunt de eadem re quæ stipulatione comprehensa est, sive hæc detrahant aliquid de summa præcedente, sive detrahant stipulationi diem aut conditionem, sive hæc duo stipulationi adjiciant: omnia sunt hujusmodi, ut si in continenti, idest, statim et sine intervallo stipulationi subjiciantur, recte dicantur stipulationi inesse. Quæ de summa promissa quid detrahunt, ea inesse ostendit exemplum, quod hic proponitur; quod de sorte promissa tantum detrahit, ut pro ter mille septingentis quinquaginta denariis solum refundi debeant denarii treceni: æque hoc stipulationi sortis inesse Paulus ait. Inesse et illa, quæ diem adjiciunt aut conditionem, idem exemplum declarat. In quo cum prius ex stipulatione sors pure deberetur: summa deinde pacto divisa est, et singulis pensionibus singuli menses constituti: quam et dilationem Paulus ait stipulationi inesse. Quibus autem pactis detrahitur stipulationi dies aut conditio: hæc ut insint eadem ratio efficit, quæ facit, ut insint ea quibus de summa ipsa aliquid detrahitur: de quo mox. Inesse stipulationi, ut verbum ostendit, et supra diximus, est stipulatione contineri, stipulationis partem esse, perinde pacta haberi, quasi hæc ipsa in stipulationem jam a principio venissent. Atque hoc si factum esset, quæ stipulationis forma futura esset, videamus. Nempe consequens esset ut renovata priore stipulatione perinde esset, ac si secundum formam eorum stipulatio esset contracta, ut tantum contineretur stipulatione, quantum efficit conventio, nec amplius. Id ipsum ergo nunc dici intelligamus. Quapropter si breviter dicendum est, cum superiora pacta hoc loco stipulationi inesse dicimus, hoc significatur: his pactis ita renovatam esse ipso jure stipulationem ad quam pertinent, ut quod pacto detrahitur ei stipulationi, perinde sit, quasi nec venisset in stipulationem, sive summa detrahatur, sive dies aut conditio. Quod autem eadem re promissa manente adjicitur, ut cum adjicitur dies aut conditio: hoc ipsum jam a principio stipulationi inesse intelligatur: ut jam his pactis, si pro reo sint, non defendatur reus per exceptionem, sed ipsamet stipulatione, atque ita ipso jure; si pro actore, ut cum dies detrahitur: ipso jure dilationem et hujus exceptionem reo adimant. Cur id placeat, prima fronte mirum atque adeo naturæ repugnans videri potest: cum si quid stipulationis verbis comprehensum est, fieri non possit, quin sit comprehensum: facta enim infecta fieri non possunt. *L. in bello*, *§. factæ*, *infr. de capt.* et contra, quæ stipulationis verbis comprehensa non sunt, natura stipulationis prohibeat, quominus videantur in stipulationem venisse. Sed tamen hujus juris non ita

ita obscura ratio est, si quis attendit. Intelligi enim debet, omnia hæc pacta de quibus dixi, esse hujusmodi, ut his aliquid detrahatur de comprehensione stipulationis. Nam et tunc cum dies aut conditio adjicitur, verbis adjicitur aliquid; re autem vera est maxime quod detrahatur. Detrahitur enim stipulatori totum illud medium tempus, quod diem aut conditionis eventum antecedit, quo nulla dilatione data ut conditione adjecta statim pecunia peti poterat. Hoc intellecto recte dicemus, omnia stipulationi ipso jure detrahere, seu efficere, ut quod his in continenti factis stipulationi detrahitur, jure videatur nec deductum esse in stipulationem: idque non modo non contra, sed maxime secundum naturam. Nam ut supra attigimus, non est stipulatio id solum quod verbis continetur, sed quod constat etiam stipulantis et promittentis consensu. *d. L. continuus*, §. 1. *infr. de verb. oblig.* Etsi igitur verum est fieri non posse, quin verbis stipulationis comprehensa sint, quæ constat esse comprehensa: non continuo tamen stipulatione comprehensa dixeris, quæ verbis continentur, si in his deest consensus: quoniam etiam consensu constat stipulatio. Porro cum pacto in continenti facto quid detrahitur, desinit sine intervallo in eo esse consensus. Quo fit, ut eo usque stipulatio ipso jure valere non possit, consensu detracto, quamvis verbis manentibus. Si hæc in summæ parte detracta recte dicuntur: non minus dicuntur recte, cum dies aut conditio detrahitur: cum non possint hæc valere nisi ex consensu. Ideo et pacta quæ de his detrahendis in continenti facta sunt, recte stipulationi inesse diximus. Certe hæc pacta, si statim stipulatori placeant, stipulationem aliam efficere dicuntur in *L.* 1. §. *si cui simpliciter*, *infr. de ver. ob.* Hoc autem idem valet, ut docuimus. Insunt ergo hujusmodi pacta in continenti facta stipulationi, ut Pauli definitio hoc
25 loco concepta est. † Quid bonæ fidei contractibus an non eodem modo inerunt ad contractum renovandum, etsi non in negotio gerendo, sed contractu jam perfecto, statim tamen et in continenti subjiciantur? Multo vero citius his inerunt, quam stipulationi: ut, si agatur de emptione, sive de summa pretii quid detrahatur, sive detrahatur dies, aut conditio, sive horum alterum adjiciatur, idque fiat in continenti, idest, statim post, quam emptio contracta est: perinde sit, atque si emptio ab initio ita contracta esset. Nam si quibus in contractibus pacta servanda sunt, hæc servanda sunt, et præcipue valent in bonæ fidei contractibus: cum nihil magis bonæ fidei congruat, quam fidem et pacta servari. *L. ex empto*, *infr. de act. em.* *L.* 1. *supr. de pact.* Qui fit igitur, ut hic solum dicantur inesse stipulationi? Duabus de caussis: Primum quia hic de stipulatione solum agebatur, et satis erat sententiam ponere proposito convenientem. Deinde de hujusmodi pactis agens Paulus et sentiens, quale est id, de quo agitur, non potuit eadem definitione uti bonæ fidei contractibus, ut diceret pacta superiora in continenti facta bonæ fidei contractibus inesse. Insunt enim illa quidem et his contractibus; sed non si in continenti facta sint solum, verum etiam etsi ex intervallo: ut puta, si quæ venditionem contractam pacta secuta sint, quæ venditioni quid detrahant, etsi sequantur ex intervallo, et quidem multo post: tamen venditioni inesse videntur certum est enim saltem ea parere exceptionem. *L. in bonæ*, *C. de pact.* *L.* 7. §. *sed cum nulla*, *supr. de pact.* exceptiones autem pacti insunt bonæ fidei judiciis. *L.* 3. *infr. de resc. vend.* ut consequens sit perinde esse, ac si ipsa venditio hæc pacta contineret. Et ideo Ulpianus in *d. L.* 7. §. *quinimo*, *supr. de pact.* cum dicit pacta in continenti facta inesse bonæ fidei judiciis, non simpliciter hoc dicit, sed ait inesse ea ad agendum, seu ex parte actoris: significans se hoc dicere de iis, quæ novæ rei præstationem adjiciunt, ad quam rem petendam actione sit opus, non etiam de iis quæ detrahunt. Et cur non item de his quæ detrahunt? quia ut dixi, hæc insunt bonæ fidei judiciis, sive ex continenti facta sint, sive ex intervallo: quod non itidem fit, si de stipulatione hæc interponantur. Atque hoc de iis pactis, quæ stipulationi detrahunt. † Quod si pacta obliga- 26
tioni adjicient: idest, de alia re præstanda facta erunt, præter eam quæ stipulatione continetur: hæc vero dicimus ita stipulationi non inesse, ut nec possint. Quod ita me demonstrasse puto ad *L. in bonæ*, *C. de pact.* ut res hoc loco longiorem probationem non desideret: quia tamen locus postulat, et plerique rem in dubium vocant, paucis agam. Atque exemplo res plana fiet. Stipulatus sum a te fundum Tusculanum: deinde statim convenit inter nos sine nova stipulatione, ut Stichus accederet. Perspicuum est hoc pactum, seu Stichum pacto comprehensum priori stipulationi non magis inesse, quam rem aliam quamlibet de qua nihil convenerit. Quæ enim res inesse dicitur stipulationi, nisi quæ stipulatione continetur,

tur, et pars est stipulationis? Et quomodo stipulatione contineri, aut hujus pars esse videri potest, quod in stipulationem deductum non fuit? præsertim cum ita sit stipulationis conditio, ut si quid ea contineri velimus, id palam verbis exprimi oporteat. *L. quidquid*, *infr. de verb. obl.* Atqui de Sticho nihil priore stipulatione cautum est, ac ne significatum quidem: nisi quis Stichum fundi verbo contineri existimat. Proinde hic priore stipulatione contineri non potest. Quod si non inest simpliciter hæc conventio stipulationi: palam est eam stipulationi non inesse ad actionem, idest, non ita inesse, ut ex stipulatione actionem pariat, et inde Stichus peti possit. Prius est enim, ut in stipulatione sit aliquid, quam ut peti possit ex stipulatione. Reliqua ad eam confirmationem pertinentia, quæ plura illic a me collecta sunt, hoc loco prætereo consulto, cum illinc peti possint.

Nunc de his locis, qui pro contraria sententia afferri solent, pauca dicam. In quibus tres esse video: *L. petens*, *C. de pact.* *L. si ita quis*, 135. §. *Seja*, *infr. de ver. oblig.* et hunc locum: quorum de duobus reliquis facilior responsio est. Tertius hic ita verbis scriptus est, ut videatur præcidere omnem tergiversationem. Dicam tamen breviter de singulis eodem ordine, quo a me sunt propositi, ut facilius et certius ad hujus, qui proponitur, explicationem per-
27 veniatur. † In *L. petens*, *C. de pact.* scriptum est: si quod pactum post stipulationem statim interpositum sit, ex stipulatione recte agi. Id omnes sic accipiunt: non ut possit agi ex stipulatione de alia re, quæ forte in eam stipulationem prius deducta erat: cum id fieri posset, etsi nullum omnino deinde pactum secutum esset; §. *de constituta*, *Inst. de act.* sed ut possit agi de eo ipso, de quo pactum interpositum est. Quod et ego ita recte accipi fateor. Sed observandum erat id dici eo rescripto non de omni pacto quod statim post interpositum sit; sed quod ita sit interpositum, ut et stipulatio ejus placiti servandi caussa secuta sit. Sic enim verba sunt rescripti: *petens hæc stipulatione, quæ placiti servandi caussa secuta est.* Ex hujusmodi stipulatione si petatur id, quod placito comprehensum est, recte id et jure fieri nemo negat. Tunc enim adhibetur stipulatio *placiti servandi caussa*, cum de eo ipso de quo præstando convenit, stipulatio fit, qua creditor id ipsum sibi dari fieri stipulatur, hoc modo: ea omnia quæ supra, aut infra scripta sunt, dare spondes? ut in *L. duo*, *infr. pro soc.* *L. pluribus*, *infr. de ver. obl.* Quod cum fit, nemo dubitat, quin jure ex stipulatione peti possit, quod pacto promissum erit: quia aperte id pactum verbis stipulationis comprehensum est. *L. quidquid*, *infr. de ver. ob.* Sed de eo nunc non quæritur. Agimus de eo pacto quod ita secutum sit statim stipulationem, ut tamen in stipulatum verbis deductum non sit. Negamus id stipulationi inesse, aut quod eo cautum est, id peti posse ex stipulatione. Quod unde certius, quam ex eodem illo rescripto probari potest? Hæc enim adjectio *quæ placiti servandi caussa secuta est*, conditionem habet, si stipulatio placiti servandi caussa secuta est. *L. 6. infr. de legat.* 1. Ni sit igitur stipulatio secuta placiti servandi caussa, conditione ipsa rescripti superiore efficitur, id quod pacto promissum est, ex stipulatione peti non posse, et omnino id pactum ad actionem non prodesse, arg. in *L.* 1. *ver. hujus rei*, *supr. de offi. ejus.* † Citatur et pro contraria sen- 28
tentia *L. si ita quis*, 135. §. *Seja*, *infr. de ver. ob.* ubi proponitur Titius stipulatus esse a Seja hortos a Seja emptos sibi reddi, cum eorum pretium cum usuris Sejæ restituisset: deinde in continenti inter utrumque convenisse, ut intra Calendas Apriles primas Titius universam summam numeraret, et hortos acciperet. Quia scilicet dicitur hoc pactum in continenti stipulationem secutam esse, ideo volunt id pactum inesse stipulationi, et quidem ita, ut actionem informet ex stipulatione: nam si pactum ad actionem non valet, frustra proponi in continenti pactum subjectum esse. Sed constat eo loco non sic proponi istam conventionem: ut quæratur, an ex ea agi possit, et an Titia possit hortorum pretium post Calendas Aprilis petere: quod illa etiam ante petere potuit propria actione, nempe mandati, qua illi Titius tenebatur; sed an pretii offerendi potestas, quæ præcedente stipulatione infinite Titio data erat, mutata sit eo pacto, et conclusa intra Calendas Apriles ita, ut postea id pretium ad hortos petendos offerre non posset, nisi offerret his conditionibus, quas illic complectitur Scævola. Ita id pactum ad actionem prodesse ex eo loco statuere velle, sit aperte præter mentem et sententiam Scævolæ. Ego autem in commentariis ad eum locum hoc amplius planum feci, id pactum priori stipulationi inesse non posse. Si insit ulla ratione: attamen ad actionem inesse dici absurdum esse: cum res et conditiones contrahentium, stipulatione comprehensæ aperte in conventione ita mutentur, ut aliæ interveniant, et pene contrariæ. Quod usque adeo verum esse docui, ut secundum ver-

verba ne ad conditionem quidem præcedentis stipulationis mutandam quidquam ea conventio proficiat. Ut enim ex stipulatione potest Titius etiam post Calendas pretium offerre: ita potest etiam ex conventione. Dies namque conventioni adjectus, quo die pretium Titius numerare debeat, non facit, quominus et post eum diem, quod debet, possit offerre ac solvere, quantumvis intersit Sejæ pretium ante Calendas numerari: ut dicendum sit eo pacto non mutari potestatem offerendi stipulatione datam, si hæc pacto eadem constituitur. Hinc fieri, ut Titio post Calendas pretium et usuras offerenti ita, ut præscribit Scævola, non sit necesse præterea offerre id, quod Sejæ interest ad petitionem hortorum ex stipulatione acquirendam: quia dum conditioni stipulationis pareatur, quæratur inde actio: in conditione autem nihil amplius fuerit, quam ut pretium et usuræ præstarentur. Nam quod illic in commentario adjectum legitur (etsi pretium dari deberet ex conventione; non ideo tamen mora facta, deberi Sejæ id, quod ejus interest, quia in obligationibus dandi solum res promissa in obligationem veniat, non etiam id quod interest eam suo tempore datam esse) hic ego lectorem monitum volo additum esse a librario, cum deletum esset, aut ita scriptum, ut deleri oporteret. Aliter sentire me de eo quod certo die dari debet, neque datum est, testantur ea, quæ ex professo disserui in iisdem commentariis ad *L. si filiusfamilias*, §. *ult. in fi.* idque ex *L. si fundum certo*, *eod. tit. de ver. obl.* quod et multo ante scripseram in Commentario de usuris, item in Commentario de eo quod interest. Sed hæc obiter. Redeo ad Scævolam: apud quem dicimus proponi conventionem stipulationi subjectam, quæ nihil minus quam insit stipulationi ad actionem, ut suo loco ostendi. Cur igitur proponitur interposita in continenti? Primum nihil prohibet otiose id esse positum, sed tantum ideo quia a consultore propositum erat: cum tamen ad juris rationem nihil referret, utrum ex continenti convenisset, an ex intervallo. Quod sæpe in responsis Scævolæ factum animadvertere possumus, ut in eodem illo §. *Seja*, cum quærit, an Titius possit post Calendas agere, si universam pecuniam obtulerit: sed præcipue in §. *Callimachus*, et §. *coheredes*, *L. qui Romæ*, *D. de ver. obl.* Tum autem ut hoc non temere additum concesserimus, sed ideo ut significetur conventionem stipulationi inesse: non tamen necesse est intelligi, ita inesse eam, ut actionem pariat: cum possit inesse tantum ad hoc, ut conditionem stipulationis præcedentis innovet. Quod ex sententia contrahentium illic fieri ibi diximus: ut scilicet cum infinita esset potestas pretii offerendi ex stipulatione, inciperet ex conventione pretium offerri posse solum intra Calendas. Certe Paulus hoc loco cum pactum subjectum stipulationi inesse dicit, non significat id actionem parere: cum non id agatur pacto, ut detur, quod prius dari non debuit; sed ut de eo quod datum oportuit, aliquid remittatur. Quid tamen, quod in *d.* §. *Seja*, dicitur Titius ex conventione superiore moram facere, si intra Calendas non offerat pretium cum usuris? Ex quo colligitur eo tempore ab eo peti posse; quia non fiat mora, ubi nulla petitio est. *L. nulla infr. de reg. jur.* Et ibidem ostendi in extremo, moram non proprie ibi nominari; sed tantum notari eo verbo eam cessationem, quæ adversus conventionem propositam committeretur: quæ non proprie mora est, ubi id differtur, quod quidem juxta conventionem dari debuit; jure tamen non fuit necesse, cum ex ea caussa peti non posset. † Re- 29
stat hic locus, in quo generaliter scriptum est, pacta in continenti facta stipulationi inesse: de cujus dicti interpretatione agimus. Ego quod scripsi ad *L. in bonæ*, *C. de pact.* Idem nunc quoque de eo respondeo, de pactis ejusmodi accipi id debere, quale est id, de quo agitur: idest de iis, quæ de eadem re interposita, obligationi præcedenti quid detrahunt; de his autem nec posse nec debere, quæ de alia re facta adjiciunt stipulationi, quod prius in ea non fuerit, ad quæ confirmanda actione est opus. Verba nobis opponuntur: generalis enim definitio est, pacta in continenti facta stipulationi inesse. Et de verbis idem quod illic agnosco, si hæc sequimur, nihil aliud nobis relinqui, quam ut concedamus etiam ea pacta quæ adjiciunt, superiore definitione contineri: quoniam generali oratione species omnes comprehenduntur. *L. si servitus*, *supr. de ser. urb. præd. L. Mævius*, §. *duorum*, *infr. de legat.* 2. et cum concesserimus hæc illo dicto contineri: agnosco et illud concedendum esse, inesse ista stipulationi ad actionem pariendam ita, ut his subjectis peti possit ex stipulatione quod illis pactis comprehensum est: certum est enim ex stipulatione peti posse, quidquid stipulatione continetur. *L. quidquid*, *infr. de verb. obl.* Sed si de his pactis, quæ rem aliam adjiciunt, Paulus non sentit: ajo verba spectanda non esse, sed mentem scriptoris et sententiam: itaque et

de his dictum Pauli accipi non debere. Etsi enim cum lex generaliter loquitur, nec in rebus aut personis quidquam distinguit, etiam nos verba sequi, ac res omnes, omnesque personas accipere multis locis jubemur, ut *L. metum autem*, §. *animadvertendum*, *supr. quod met. caus. L. item veniunt*, §. *a quo*, *supr. de her. pet. L. de pretio*, *supr. de pub. act.* tamen hactenus id faciendum esse convenit, nisi appareat aliud sensisse scriptorem. Semperque in omni scripto, dictove placet spectandum esse, non quod dictum, sed quod actum est: mentem denique et sententiam. Quod cum in contractibus receptum est: *L. semper in stipulationibus*, *infr. de reg. jur. L. sed Celsus*, §. 1. *infr. de cont. em.* tum præcipue valet in legibus. *L. pen. sup. ad exh.* Nego autem superiore dicto Paulum sensisse de iis pactis, quæ adjiciunt, spectantque ad aliquid petendum, quod prius non esset in stipulatione. Primum quia alienum et ineptum sit de his dicere, cum ad quæstionem propositam nihil pertineat. Deinde quia si et hæc dicat stipulationi inesse, aperte sententia falsa sit. Quorum posterius cum concurrit, nunquam generalis oratio aut ratio sic accipitur in jure, et veterum scriptis, ut de eo auctor sensisse existimetur. Primum in stipulationibus ipsis constat, si quis ita interrogatus, *dabis Calendis*, *aut dabis*, *si navis ex Asia venerit*, respondeat simpliciter, *dabo*: responsionem generalem sic accipi, ut ad interrogatum referatur: videaturque promissor in eandem diem vel conditionem respondisse. §. *præterea*, *Inst. de inut. stip.* Sic in transactionibus, si generalis conventio transigendi caussa ita interposita sit, ut caveretur nihil amplius peti: placet sic conventionem accipi, quasi dictum esset, nihil eo nomine, de quo prius actum et tractatum est. *L. si de certa*, *C. de trans.* Hæc omnia ideo, quia ita mens est omnium loquentium, ut responsum ad id de quo prius interrogati sunt, et de quo prius actum est, referre soleant. Quod si fit in rebus contrahendis, et sermonibus hominum persæpe non ita intelligentium: quanto magis hanc mentem atque hunc morem in scriptis prudentium et consideratorum scriptorum accipi oportebit? Atqui alienum esse a quæstione hic proposita, injicere mentionem de his pactis, quæ de alia re præstanda fiunt, quam quæ stipulatione continetur: idest, quæ aliam rem adjiciunt, valentque ad actionem creditori pariendam, probatione non eget. Apparet enim proponi id pactum, quod detrahat de summa sortis promissæ, quodque reo tantum prodesse possit ad liberationem, creditori ad actionem nullo modo. Nam quatenus treceni denarii menstrui promittuntur conventione, nullam hinc actionem habet reus, sed potius eo magis obligatur; si tamen posset eo pacto magis obligari, quam ante tenebatur ex stipulatione, contra *L. quis his*, *infr. de verb. obl.* Si cui hæc pars conventionis prodesse potest, solum potest creditori. Sed et huic est inutilis: qui enim prius totius sortis actionem ex stipulatione habuit, utique habuit ex stipulatione et singularum partium actionem. Itaque hanc ex pacto non desiderat, qui eam habet ex stipulatione. Quatenus autem conventione id agitur, ut ex summa universa sortis non plures denarii singulis mensibus refundi debeant, quam treceni, quo spectat proposita conventio, hac parte ita est conventio pro reo, itaque pertinet ad eum liberandum præstatione totius sortis, ut actori nocere possit, proficere autem ei ad quid petendum per rerum naturam non possit. Quod ad debitorem ipsum attinet, sic illa ei proficit, ut tamen inde liberationem aut defensionem adversus priorem obligationem desideret, non actionem, quæ solius creditoris est, non rei. Ita fit omnino, ut posita quæstione de hoc pacto, non magis ad rem faciat, respondere de iis pactis quæ stipulationi adjiciunt, et ad actionem valent, quam convenit de reo interrogatum respondere de actore, aut interrogatum de defensione vel liberatione rei respondere de hujus obligatione, seu de creditoris actione. Consentaneum est igitur, cum in hac quæstione ad vim pacti probandam hac ratione utitur, *quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*, rationem sic accipi, quasi ita dixisset: dicebam, quia pacta hujus generis, quale est hoc, quod proponitur, in continenti facta stipulationi inesse creduntur; et quæ sequuntur, ut responsio interrogationi congruat. Dici tamen potest nihil prohibere, quominus Paulus generalem sententiam de pactis omnibus posuerit, et tamen accommodate ad quæstionem propositam respondeat: quia ratio generalis huc spectet, ut ex ea facilius colligat eam speciem, de qua quæritur. Nemo enim negaverit sic recte colligi, et instituto convenienter: quia pacta omnia sive quæ adjiciunt, sive quæ detrahunt stipulationi, si in continenti fiant, stipulationi inesse creduntur; ideo hoc quod proponitur, cum ex eo genere sit, et maxime cum ad liberationem spectet, non ad obligationem, stipulationi priori sic inesse, ut eam

eam renovet. Sed observandum est hoc loco non fuisse propositum Paulo probare hoc pactum quod detrahit, stipulationi inesse: id enim pro certo sumit; sed solum ostendere, si insit, quam vim id habeat ad præcedentem stipulationem renovandam. Ad quod probandum nihil fuit necesse injicere sermonem de aliis pactis: cum satis fuerit id ponere, quod instituto conveniebat, hujusmodi pacta nimirum in continenti facta credi inesse stipulationi: ex quo efficiebatur id, quod de stipulatione renovata colligit. Demus tamen hæc hactenus de mente Pauli ex proposita hypothesi colligenda dici magis consentanee et probabiliter, quam necessario. At certe illud non dubitatur, quin ratio generalis certæ hypothesi subjecta intra metas quæstionis propositæ, idest, intra species similes includi debeat ex mente scriptoris, si longius producta, falsa sit. Cujus rei appositissimum exemplum occurrit in *L. si procurator meus*, *infr. de acq. rer. dom.* Proponitur procurator domini vel tutor pupilli rem suam quasi domini vel pupilli alii tradidisse: quæritur, an recesserit ab eis dominium. Respondetur non recessisse, et nullam esse alienationem, addita hac ratione: quia nemo errans rem suam amittat. Hæc ratio generalis est: sed si ut verba sunt, ita accipitur, falsa est. Nam et qui indebitum per errorem solvit, errat: neque eo minus dominium rei suæ transfert, eoque amittit: alioqui vindicatio soluti ei daretur, non condictio. *L. si dominus*, *infr. de cond. ind.* Quomodo igitur illud accipimus, neminem errantem rei suæ dominium amittere? Omnes concedunt ex specie et quæstione illic proposita sic accipiendum esse: ut errans intelligatur, qui eo modo erret, quo in specie facti propositum est: ut sit sensus, neminem errantem in dominio rei suæ, de quo quæstio posita erat, ejus rei dominium amittere; cæterum qui in caussa tradendi errat, dum putat se ex justa caussa debere, nihilominus transferet. At enim ratio generaliter scripta est, et verba omnem errantem continent. Sed placet, quod generalius dictum est, ad quæstionem propositam restringi debere, nempe ex sententia scriptoris: quæ non tantum ex eo colligitur, quod recte fit, si ratio quæstioni serviat, et intra septa ejus contineatur; sed etiam quod non est verisimile auctorem peritum juris de specie aliqua consultum pro ratione id posuisse, quod præterquam quod proposito non conveniret, etiam per se juri adversaretur. Ejusdem generis exemplum occurrit in *L. ingenuum supr.* de stat. ho. *Ingenuum*, inquit Ulpianus, *accipere debemus etiam eum*, *de quo sententia lata est*, *quamvis fuerit libertinus*: *quia res judicata pro veritate habetur.* Hæc ratio sic accipienda est, quasi dictum esset: quia res judicata in hac caussa pro veritate habetur, hic enim re vera habetur, ut et in aliis actionibus præjudicialibus. *L. 1. in fin. et L. 2. infr. de agn. lib.* In cæteris non habetur, nisi inter eos, inter quos judicatum est: inter alios res judicata aliis non nocet. L. *sæpe*, *infr. de re jud. tit. C. res in al. act. vel jud. al. ne noc.* Similiter et de superiore ratione Pauli hoc loco judicandum est. Proponitur pactum, quod præcedenti stipulationi sortis detrahebat: quæritur, an id in continenti subjectum stipulationem ipso jure renovet. Respondet Paulus renovare: et addit rationem superiori illi similem, idest, verbis generalem: *quia pacta*, inquit, *in continenti facta stipulationi inesse creduntur.* Etsi non dixit, pacta hujusmodi, seu pacta quæ sunt huic similia, de quo agitur, tamen hoc ideo intelligi debet, non solum quia de his dici ad propositi confirmationem satis est; sed etiam quia de aliis, quæ stipulationi rem novam adjiciunt, quæ præstari amplius debeat, idem dici nisi falso non potest. Neque hujus rei longe petenda probatio est: cum enim stipulatio verbis conficiatur, tantumque in eam veniat, quantum verbis comprehensum est: L. *quidquid*, *infr. de verb. obl.* palam est, quæ res stipulationis verbis promissæ non sunt, eas stipulationi non inesse; si modo nihil aliud est stipulationi inesse, quam stipulatione contineri. Sed si pacta in continenti stipulationis facta ad actionem non prosunt: consequens erit, dixerit aliquis, ea solum prodesse ad exceptionem quod hic Paulus negat. Esset hoc consequens, nisi inter actionem et exceptionem esset aliquid tertium, quod efficerent ea pacta, quæ in continenti facta detrahunt stipulationi. Hæc non prosunt ad actionem, quia nec his id agitur, ut quid detur, aut fiat. Sed nec prosunt ad exceptionem, quia his interpositis reo ad liberationem exceptione non est opus. Quid ergo? est hic tertium quiddam, quod Paulus hoc loco statuit, et simul statuendo exceptionem removet: si quidem ipso jure renovant stipulationem, ut actione inde jure sublata exceptioni non sit locus. §. 1. *et seqq. Inst. de exc.* Ergo actionem renovant, seu mutant hæc pacta in continenti facta: sed non ideo valent ad actionem pariendam. Quinimo quatenus ad liberandum reum hæc comparata sunt, eatenus actionem

nem parere non possunt. At si pactum detrahens in continenti additum in actionem valet, ut eam mutet: quidni dicamus id quod adjicit, multo magis, aut certe itidem valere? Natura rerum istarum prohibet. Detrahendo enim statim consensum stipulationi, reddimus eatenus stipulationem inutilem: quia sine consensu non valet, etiam si maxime priora ejus verba maneant. Rei autem novæ promissionem adjiciendo, non ideo contrahimus novam stipulationem, aut hoc ipsum pactum in priorem stipulationem deducimus: cum stipulatio de re aliqua sine verbis quibus ea res includatur, confici non possit, ut ante dixi. Adjeci et alia quædam ad hujus interpretationis rationem in *d. L. in bonæ, C. de pact.* quæ si cui videtur, his adjungere licebit: nunc his contentus ero. Hoc quidem loco mihi illa explicatu necessaria videbantur.

Ad L. Ejus *penult.*

Africanus lib. 7. Quæstionum.

Ejus qui in provincia Stichum servum Calendario præposuerat, Romæ testamentum recitatum est, quo idem Stichus liber et ex parte heres erat scriptus, qui status sui ignarus pecunias defuncti aut exegit, aut credidit, ut interdum et stipularetur, et pignora acciperet. Consulebatur, quid de his juris esset. Placebat, debitores quidem, qui ei solvissent, liberatos esse, si modo ipsi quoque dominum decessisse ignorassent: earum autem summarum nomine quæ ad Stichum pervenissent, familiæ erciscundæ quidem actionem non competere cohæredibus, sed negotiorum gestorum dari debere. Quas vero pecunias ipse credidisset, eas non ex majore parte, quam ex qua ipse heres esset, alienatus esse. Nam et si tibi in hoc dederim nummos, ut eos Sticho credas: deinde mortuo me ignorans dederis, accipientis non facias. Neque enim sicut illud receptum est, ut debitores solventes ei liberentur: ita hoc quoque receptum, ut credendo nummos alienaret. Quare si nulla stipulatio intervenisset: neque creditam pecuniam pro parte cohæredis peti posse, neque pignora teneri.

Quod si stipulatus quoque esset: referret quemadmodum stipulatus esset. Nam si nominatim, forte Titio domino suo mortuo jam dari stipulatus sit: proculdubio inutiliter esset stipulatus. Quod si sibi dari stipulatus esset: dicendum, hereditati eum acquisiisse. Sicut enim nobismetipsis ex re nostra per eos, qui liberi vel alieni servi bona fide serviunt, acquiritur: ita hereditati quoque ex re hereditaria acquiri. Post aditam vero a coheredibus hereditatem, non æque idem dici potest: utique si scierint eum sibi coheredem datum: quoniam tunc non possent videri bonæ fidei possessores esse, qui nec possidendi animum haberent. Quod si proponatur coheredes ejus id ignorasse, quod forte ipsi quoque ex necessariis fuerint: potest adhuc idem responderi. Quo quidem casu (et) illud eventurum, ut si suæ conditionis cohæredes iste servus habeat, invicem bona fide servire videantur.

S U M M A R I A.

1. *Calendarium, et calendario præponere, quid.* et num. 2.
2. *Usuræ stipulari solitæ in singulas Calendas: solvi Idibus.*
3. *Institoris mandatum morte domini finiri hactenus, ut a scientibns cum eo mercem exercente contrahi, non etiam ut a scientibus ei solvi possit.*
4. *Debitores mandatum finitum ignorantes si institori procuratorive quamvis finitum scienti solvant, utilitatis caussa liberari.*
5. L. Mævius, §. 1. D. de fam. ercisc. *explicatur, et conciliatur cum* hoc loco.
6. *Stichus coheres pecuniis exactis tenetur coheredibus: si exstent, familiæ erciscundæ; si consumptæ sint, negotiorum gestorum.*

7. *Ne-*

7. *Negotium coheredum heres gerit, qui pecuniam hereditariam exigendo debitorem liberat: etsi non fuit hoc animo, ut coheredum nomine exigeret.*
8. *Heredem nomine defuncti, quem defunctum ignorat, pecunias credentem, in eo errore pecunias pro sua parte non alienare.*
9. *Qui pecunias suas pro alienis, quasi alterius essent, credidit; si re cognita velit esse creditas, alienat, et creditas facit.*
10. *Mandatum de pecuniis credendis alienandisve morte domini finitur et in procuratore et in institore.*
11. L. fundi, D. de acq. pos. *explicatur.*
12. *Institor morte domini institor esse desinit.*
13. *Explicata et cum hoc responso conciliata* L. si quis mancipiis, §. si impubes, §. ejus, de inst. *et* n. 15.
14. *Institorem mortuo domino etsi institor non est, tamen quibusdam in caussis pro institore haberi: et quibus.*
15. *Promiscuus usus*, et promiscui usus utilitas *quid sit.*
16. *Consumpta pecunia quæ initio a Sticho alienata non fuit, et in proposito condictionem nasci, et quibus.*
17. *Exstantis coheredum pecuniæ mutuum voluntate nova coheredum contrahitur, et condictio his quæritur; si tamen velint a se esse mutuam, et debitores consentiant, non aliter.*
18. *Ratum heredes habere non possunt, quod nomine testatoris jam defuncti gestum est.*
19. *Mortuo, seu ei qui mortuus est, dari inutiliter stipulamur.*
20. *Hereditas adita hereditas esse desinit.*
21. *Per liberum hominem bona fide servientem ei qui jam mortuus sit, hereditati defuncti acquiri: et cur.*
22. *Hereditatem pro possessore interdum haberi, et quando.* et num. 25.
23. *Ante apertas tabulas hereditatem adiri non potuisse, quomodo intelligendum.*
24. *Liber homo qui defuncto servivit bona fide, si possessorem decessisse ignoret, intelligitur et heredibus idem ignorantibus bona fide servire, iisque acquirit.*
25. *Heredes etiam non apprehensa possessione interdum pro possessoribus haberi.*
26. *Servire bona fide alicui nemo intelligitur, nisi ei, a quo bona fide possideatur, seu ei qui pro possessore habeatur.*

1 Dominus in provincia Stichum servum Calendario præposuerat. † Calendarium proprie est liber, in quem nomina, et fœneraticiæ pecuniæ referuntur. *L. Sticho, §. servus, vers. item quæro an ea, infr. de stat. L. qui filium infr. de legat.* 3. dictum a Calendis, ut inter eruditos fe-
2 re omnes convenit, † quod veteres in singulas Calendas pecunias creditas, earumque usuras stipulari solerent: ut factum videmus in *L. Lecta, supr. et in L. si ita stipulatus.* 126. §. *Chrysogonus, infr de ver. obl.* quod in primis declaratur illis versibus Horatii *lib.* 1. *Sermon. Sat.* 3.

Odisti, et fugis, ut Drusonem debitor æris;
Qui nisi, cum misero tristes venere Calendæ,
Mercedem aut nummos unde unde extricat, amaras.
Porrecto jugulo historias, captivus ut, audit.

Primum Calendas venisse dicit, ut in debito præsenti: deinde aperte tristes misero debitori vocat, quod his debitor usuras aut sortem undecunque posset extricare cogeretur, si ita creditor postularet. Neque vero hæc necessitas solutionis aliunde, quam quod usurarum stipulatio in eum diem collata esset. Usuræ enim fœnebris pecuniæ ut non citra stipulationem: ita non nisi ex conceptione stipulationis debentur. *L. 3. C. de usur.* Itaque quod quibusdam locis significatur, usuras et sortem exigi solitas Idibus, ut in *priore in Catilinam*: quod idem Horatius *Epo.* 2. *in extremo* scribit fœneratorem Alphium, omnem relegisse, vel ut alii legunt redegisse *Idibus pecuniam*: ad voluntariam dilationem fœneratorum moræ inter eos receptam, non ad jus constitutæ obligationis referendum est: quod et aliis quibusdam recte est observatum. Idque non tantum prior ille locus Horatii, sed vel idem iste posterior maxime exigit: in quo quem fœneratorem dixerat omnem redegisse pecuniam Idibus, eundem subjicit, quærere eam Calendis ponere, idest, exponere et collocare fœnori. Calendis: non ut tunc numeraret tantum: sed ut stipularetur usuras in sequentes Calendas, uti mos Romanis fuit usuras stipulari, et constituere in singulos menses: cujus moris passim exempla exstant illustria in *d.* L. *lecta, et d.* L. 126. §. *Chrysogonus, verb. obl.* Μετωνυμικῶς Calendarii verbo significantur ea, quæ Calendario continentur: idest, nomina pecuniæ creditæ. Hinc eodem interprete Africano in *d.* L. *qui filium, infr. de legat.* 3. Calendario præponere, est præponere nominibus faciendis; sed ita faciendis, ut possit qui præpositus est, exigere: quo pecunia inde redacta rursum collocetur, unde et nova nomina fiant, quæ rursum in Calendarium referantur. In summa, Calendario præponere est, præponere pecuniæ exercendæ, idest, credendæ et exigendæ. Quod Sticho in proposito a domino tributum fuisse intelligimus: ex qua potestate est, quod hic

hic Stichus paulo post fecisse proponitur: pecunias nimirum defuncti domini aut exegisse aut credidisse. Hic servus testamento a domino liber et ex parte heres scriptus erat. Quæ res fecit, ut post mortem domini quamvis ignoraret se heredem institutum, tamen protinus liber et necessarius testatori heres exsisteret: *Inst. de her. qual. et diff. in pr.* nec ad rem pertineat, quod pro parte tantum sit heres institutus. L. *ex parte infr. de acq. her.* Unde et ante apertas tabulas testamenti etiam olim heres esset: quamvis ita jus esset in extraneis heredibus, ut ab his ante apertas tabulas hereditas adiri non posset. *L.* 3. §. *ult. infr. de her. inst.* Itaque quod hic proponitur, testamentum Romæ recitatum esse, non ideo adjicitur, quod quidquam ad jus Stichi pertineat id ita esse factum; sed ut intelligatur, cum id testamentum postulantibus aliis heredibus forte apertum et recitatum esset: tamen Romæ id factum esse, cum Stichus esset in provincia: atque ita procedat, quod subjicit, eum cum re vera liber et heres esset, tamen status sui ignarum fuisse, atque ita se gessisse, ut si adhuc dominus viveret, et ipse domini esset institor, cujus nomine pecuniam exerceret. Is ergo hoc modo *status sui ignarus pecunias defuncti aut exegit*, *aut credidit*, inquit Africanus. Pecunias defuncti non recte dixit, nisi per anaphoram id dictum intelligimus: sive eas pecunias acceperimus, quæ vere sunt defuncti: sive pecunias defuncto debitas. Non enim magis defuncto qui non est, quidquam deberi potest, quam quidquam ejus esse. Nam quod meum appellatur id, etiam quod mihi debetur. *L. si me et Titium*, *supr. eod. L.* 1. *infr. de eo quod cer. loc.* tunc solum recte fit, cum prius est aliquid debitum. Jam autem diximus defuncto deberi nihil posse: idque natura ipsa efficitur. Sed et hoc nihil ad pecunias creditas pertineret. Creduntur enim pecuniæ defuncti, non quæ ei debitæ intelligantur, sed quæ sint ejus. Verum relatione facta ad id quod olim fuit, recte dicuntur pecuniæ defuncti, quæ ejus qui nunc defunctus est, olim fuerunt, dum viveret: ut quod nomen ab initio in re fuit, id etiam re mutata maneat, quo facilius res quæ fuit, intelligatur. Quæ ratio loquendi usitatissima est. Hoc modo in usu juris dicitur tutor tutelæ judicio conveniri, condemnari, rationem administrationis reddere debere. *L.* 1. *L. cum pupillus*, *et* 2. *seqq. infr. de tut. et rat. dist.* cum tamen nihil horum fiat, nisi finita tutela, *L. nisi*, *infr. de tut. et rat. dist.* ac finita tutela constet eum qui tutor fuit, amplius tutorem non esse. Sed et post pubertatem, quo tempore finiri tutelam nemo ignorat, dicitur tutor pupilli negotia administrasse in *L. si tutor post*, *et L. si post. infr. de tut. et rat. dist.* In quibus orationibus et similibus ubique tutor intelligitur is, qui prius fuit tutor. Sic et insula dicitur, quæ ante fuit insula, et nunc esse desiit, quo magis intelligatur, quæ terra designetur, in L. *insula*, *infr. de acq. rer. dom.* Similiter hoc loco cum dicitur Stichus pecunias defuncti aut exegisse aut credidisse, pecunias defuncti accipere debemus eas, quæ olim fuerunt defuncti. Et sane fuerunt ejus dum viveret, sive vivo eo Stichus eas credidit, quas deinde exegit, sive credidit eo mortuo. Eas quæ ita defuncti fuerunt, recte dicitur postea exegisse, ut intelligamus exegisse eum non eandem speciem, quæ data est, sed alias ejusdem generis. *L.* 2. *supr. eod.* eas tamen quæ vi et potestate idem præstent, ut re ipsa eædem pecuniæ, quæ defuncti fuerunt et creditæ sunt, videantur exactæ. *d. L.* 2. §. 1. qua ratione et in vino mutuo Julianus dixit vinum petitum esse, quod mutuum datum erat, in *L. vinum supr. eod.* dum intelligit vinum ipsum quidem quod datum est; non tamen idem corpore, sed potestate, dum id agitur, ut ejusdem generis et bonitatis vinum, ac tantundem reddatur. Ergo, ait Africanus, Stichus status sui ignarus pecunias defuncti, idest, quæ olim defuncti fuissent, aut a se creditas exegit, aut postea credidit ita, ut interdum creditas stipularetur, et pignora acciperet: quibus in rebus positum esse officium ejus, qui Calendario: idest, pecuniæ exercendæ præpositus est, supra diximus. Cum nihil horum jure suo fecerit Stichus, utpote finito domini mandato, et ipse liber factus: quæsitum est, inquit, quid de his juris esset. De quo deinceps respondet, et ut sunt quæstionis propositæ capita duo, ita de his respondet ordine: prius de pecuniis exactis, secundo loco de creditis.

Placebat debitores) Circa pecunias exactas, de quibus hic respondet, hæc erant duo, de quibus dubitari posset: Primum an liberati sint ea solutione debitores hereditarii, cum ei solverint qui creditor non esset, neque voluntate domini id fecerint, ut qui jam decessisset: alterum, si forte liberati sint debitores, qua actione teneatur Stichus coheredibus earum summarum nomine, quæ ad eum pervenissent. Nam quin

quin his teneatur aliqua actione, non dubitatur: cum illorum negotium in ea exactione gesserit. Itaque de utroque breviter statuit ad hanc sententiam: et debitores dominum decessisse ignorantes esse liberatos; et Stichum de his summis negotiorum gestorum actione coheredibus teneri. *Placebat*, inquit, *debitores quidem, qui ei solvissent, liberatos esse: si modo ipsi quoque ignorassent dominum decessisse.* His verbis complectitur duas sententias: unam, quam verba exprimunt: alteram, quæ ex conditione intelligitur. Ut enim aperte dicit debitores esse liberatos sub conditione, si ipsi quoque dominum decessisse ignorassent: ita sub contraria conditione hoc dicere intelligitur, si non ignorassent dominum decessisse, non esse liberatos. L. 1. *vers. hujus, supr. de off. ejus*, L. *quibus*, §. 2. *infr. de cond. et dem.* Vis hæc est conditionis, ut rem suspendat, ac nisi illa exstiterit, non sit locus ei; quod sub conditione fit, aut dicitur. L. *cedere, infr. de ver. sig.* §. *sub conditione, Inst. de ver. ob.* Quod si in præsens aut præteritum collata sit, hanc vim habet, ut si vera est, statim statuat, quod dicitur; sin falsa, statim in contrarium mutet totam sententiam. §. *conditiones, Inst. de ver. obl.* Et vera est superior utraque sententia, ut non immerito priori conditionem supra scriptam adjecerit; sed utraque tamen ejusmodi, quarum altera ex ratione juris, altera ex aliis locis incidat in dubitationem, quæ diluenda est. Ac primum quod ait debitores liberatos esse, si ut in proposito Stichus, sic et debitores dominum decessisse ignorassent, sententia est juris explorati. §. *recte, Inst. mand. L. cum quis*, §. 1. *infr. de sol.* sed habet tamen hanc quæstionem. Sic enim jus est de solutione, debitorem solvendo ita liberari, si aut creditori ipsi solvat, aut alii solvendo, id faciat voluntate creditoris. *L. vero, L. solutam, infr. de sol.* Hic autem constabat creditori solutum non esse. Nam Stichus heres quidem erat, eoque et creditor; sed non solus, cum alii essent heredes instituti. Sed nec voluntate creditoris pecunia Sticho soluta est: qua enim voluntate creditoris, ejusdemque domini prius utebatur, hæc morte domini finita est. *L. 4. infr. loc.* Nec quidquam præterea ei a coheredibus mandatum est de pecunia exigenda. Quo effici videbatur debitores huic solvendo nullo modo liberari. Et hoc stricta juris ratione ita statui debuisse scriptum est in *d.* §. *recte, Inst. mand.* Sed ibidem adjicitur, utilitatis caussa receptum esse, ut cum debitores voluntatem domini mutatam aut finitam esse ignorantes solvunt ei, cui prius exigendi aut recipiendi potestas facta erat, in hoc errore liberentur, ne justa ignorantia illis noceat. Vera igitur et certa prior sententia. Sed et quod dicitur ex diverso, debitores post mortem domini Sticho solventes, non liberari, si ipsi dominum decessisse scissent: ipsum quoque verissimum est. *L. dispensatori, infr. de sol.* idque consequens est superiori rationi Justiniani. Nam si ignorantes debitores solventes solum utilitatis et humanitatis caussa liberantur, ne justa ignorantia eis noceat: nihil habent illi, quo se tueantur postea adversus creditorem, si his justam ignorantiam detraxeris; multo minus, si omnem ignorantiam. Videri tamen potest contrarium esse, quod est in *L. si quis mancipiis*, §. *si impubes: et* §. *seq. infr. de inst. act.* Quod enim illic traditur, post mortem domini cum institore recte contrahi etiam ab iis, qui scirent dominum decessisse: hoc efficere videtur etiam post mortem domini institorem manere, qui prius fuerat; et si ex ejus contractu actio in heredes etiam scienti danda est: multo magis etiam scientes si solverint, ab heredibus liberari. Sed de sententia illius loci dicam paulo post accuratius, cum ad pecunias creditas, de quibus sequitur, ventum erit: quoniam objectio ejus loci non minus ad eam partem, quam ad hanc pertinet: atque haud scio, an magis, cum apertius in ea parte declaretur institoris officium morte domini finiri. † 3
Tantum nunc dicam breviter, quod putem ad hunc locum sufficere: morte sola domini finiri cujusvis institoris mandatum. Utilitatis tamen caussa receptum, ut possit cum eo negotiationem excercente etiam ab his qui dominum decessisse sciunt, utiliter contrahi. Sed non ut hoc permissum est: ita a scientibus ei solvi concessum esse. Neque id alio loco magis ostendi, quam illo ipso, quem retulimus. Cur enim possit cum institore contrahi ab eo, qui sciat dominum decessisse, duplex illic ratio reddita est: et quod utilitas promiscui usus id suadeat: et quod non sit imputandum ei, qui cum institore mercem exercente contrahat. Si probatur, cum debitores dominum decessisse non ignorantes institori solvunt, in ea solutione non versari utilitatem promiscui usus, quæ illic nominatur: si probatur præterea imputandum esse debitoribus, si tum institori solvant: utraque de caussa ex illo ipso loco evincitur institori post mortem domini a scientibus solvi non posse. Utrum-

que

que autem verum esse tum poterit intelligi, cum ostenderimus quid sit in eo loco utilitas promiscui usus, et cur non sit imputandum ei, qui cum institore post mortem domini sciens contrahat. Recte ergo Africanus, cum debitores Sticho solventes hic liberatos esse dixit, adjecit hanc conditionem: *si modo ipsi quoque non ignorassent dominum decessisse*: significans nullo modo esse liberatos, si scientes dominum decessisse, institori solvissent: id quod jus esse ostendimus.
4 † Sed quoniam ait, *si ipsi quoque*: dubitari potest, num simul Stichi et debitorum ignorantiam exigat, ut hi Sticho solventes liberentur, ne nihil his prosit ad liberationem ignorasse mortem domini, si Stichus forte non ignorasset; hæc enim conjunctio, *quoque*, Stichum in eandem conditionem includere videtur. Sed hoc non ita accipi debet. Quinimo ex verbis apparet ignorantiam solum exigi in debitoribus, non etiam in Sticho: non enim dicitur, si et Stichus et debitores ignorassent. sed solum si debitores quoque ipsi ignorassent. Cur ergo adjicitur particula *quoque*? Quia Stichus proponebatur in proposito id ignorasse: ideo exigitur, ut debitores ignorent similiter, ut Stichus ignorabat: inquam, de quo propositum erat: non ut ignorare debebat, de quo non quærebatur. Itaque hac conjunctione solum declaratur Stichum ignorasse; non etiam ut ignoret desideratur: commodeque ita dicetur vocari debitores hac conjunctione non in eandem conditionem, seu in eandem necessitatem ignorantiæ cum Sticho; sed in eandem ignorantiam, non quæ in illo esse debuisset, sed quæ in eo fuisse proponebatur. Qua ex sententia solum in debitoribus relinquitur conditio, qua ab his ignorantia hæc ad liberationem exigatur. Atque ut hæc verborum sententia est: ita eam ex jure et mente auctoris accipi convenit. Sic enim statui debet, debitores post mortem domini institori aut procuratori solventes, dum ignorent dominum decessisse, omni modo liberari, etsi institor aut procurator dominum decessisse non ignoret. Horum enim scientia non facit, quominus in debitoribus id ignorantibus justa sit et probabilis ignorantia: hæc vero per occasionem mandati defuncti nunquam debitoribus nocere debet. *d.* §. *recte*, *Inst. mand.* Liberantur quidem hoc casu debitores alias ipso jure, alias per exceptionem: ut est ejusdem Africani de hac re distinctio, relata in *L. cum quis*, §. 1. *infr. de sol.* Ipso jure: si institor procuratorve non intervertendi animo pecuniam accipiant, sed ut heredum negotium gerant. Per exceptionem: si illi hoc animo sint, ut pecuniam lucrentur. Sed sive hoc, sive illo modo liberantur debitores: semper summa Africano huc redit, ut ignorantes scienti solventes liberentur. Nam et qui exceptionem perpetuam habet, non minus dicitur liberatus. *L. 5. C. de pact.* Nec abs re: cum juxta regulam juris, nihil intersit, utrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *L. nihil*, *infr. de reg. jur.* Qua ratione Ulpianus in *L. si quis servo*, 18. *infr. de sol.* cum debitor dominum mortuum esse ignorans scienti institori et animo intervertendi pecuniam accipienti solvit: non dubitavit absolute dicere eum liberari, etsi ex sententia Africani non liberatur ipso jure. Neque in eo adversatur Africano: cum si intellexerimus eum debitorem liberari per exceptionem, nihilominus semper verum futurum sit eum liberari, ut dixi.

Earum autem summarum nomine) liberatis debitoribus, necesse est coheredibus perire pecuniam, aut ipsis eo nomine consuli adversus Stichum, qui pecunias exegisset. De eo ergo secundo loco respondet, Stichum pecunias, quæ ad ipsum pervenissent, coheredibus suis pro portione eorum hereditaria restituere debere. Si recuset, esse illis in eam rem cum ipso negotiorum gestorum actionem, non familiæ erciscundæ. Quod sumptum est ex iis regulis, quibus hæc judicia continentur. Sic jus est: Si heres coheredum suorum negotium gessit, tenetur eo nomine coheredibus suis, ut his restituat, quod ad se pervenit; sed alias familiæ erciscundæ judicio, alias negotiorum gestorum. Familiæ erciscundæ judicium tunc locum habet, cum heres id quod gessit, ut heres gessit, et præterea ob partem suam necesse habuit etiam coheredum partem attingere, propter earum indiscretam conjunctionem. *L. qui erat*, *vers. nam ut familiæ*, *L. heredes*, §. *si unus*, *supr. fam. erc.* Horum si quid desit, est negotiorum gestorum actio. *d. L. heredes*, §. *non tantum.* In proposito autem Stichus, qui pecuniam exegit; neque exegit ut heres, ut qui se heredem esse ignoraret: *d. L. qui erat*, *vers. pen. fam. ercisc.* et si scisset se heredem: tamen portionem coheredum non habuit necesse exigere, ut suam consequeretur: quia suam propriam et a cæterorum portionibus ipso jure divisam habuit. *L. ea quæ*, *C. fam. ercisc.*

ercisc. Sed videamus, ne in utraque actione e converso dici debuerit, et familiæ erciscundæ actionem nimirum hic competere, et actioni negotiorum gestorum locum non esse. † Ac competere familiæ erciscundæ actionem scriptum videtur in *L. Mævius*, §. 1. *supr. fam. erc. Si servus*, inquit Julianus, *liber et heres esse jussus sit* (qualis nunc proponitur) *id quod ex rationibus, quas paterfamilias gessisset, penes se retineret, judicio familiæ erciscundæ coheredibus suis præstabit.* Loquitur ibidem Julianus de his, quæ servus vivo patrefamilias exegit, et manumissus post mortem domini retinet (id enim geritur patrifamilias, quod vivo eo geritur: cum non sit paterfamilias quisquam, nisi vivus) hic autem de iis pecuniis agitur, quas Stichus liber factus exegit, patrefamilias mortuo. Sed si in specie hujus loci fingimus hunc ipsum Stichum, quas pecunias prius exegerat status sui ignarus, easdem itidem penes se retinere, ut in specie Juliani proponitur: non potest ab illo in priore genere rerum et pecuniarum exactarum, familiæ erciscundæ judicium recipi, quin recipi debeat ut in posteriore: quia et in hoc eadem ratio sit omnino: quæ pariter huic judicio locum faciat. Cur enim quæ vivo domino servus exegit, quæque manumissus et ex parte heres factus post mortem domini retinet, ea præstat familiæ erciscundæ judicio coheredibus? Non utique, ut quidam inepte sentiunt: quia tum illa exegit, cum solida exigere necesse haberet, ut pote a domino jussus, cui parere fuit necesse. Non enim ut hoc judicium de eo quod gestum est: competat, quidquam ad rem facit gerendi necessitas: nisi quod geritur, geratur in hereditate, et sit heres, qui gerit, et gerat quasi heres. *L. et puto*, §. *sed etsi*, *L. qui erat*, *vers. pen. supr. fam. erc.* Quorum nihil facere potuit servus in his quæ gessit vivo domino: quo tempore nondum ulla fuit viventis hereditas; ipse ut servus nullo modo heres. Cur ergo, inquam, illa quæ manumissus, idemque heres ex rationibus quas paterfamilias gessit, retinet, judicio familiæ erciscundæ præstat coheredibus? Haud dubie quia per servum quæsita, vivo domino quæsita sunt: eoque et si moriente domino exstent, reperiuntur in ejus hereditate, fiuntque ob hanc caussam post mortem ejus hereditaria. Veniunt autem in hoc judicium exceptis nominibus res omnes hereditariæ, ut inter heredes dividantur: quam ad rem maxime hæc actio constituta est. L. 1. L. 4. *supr. fam. erc.* Atqui in proposito pecunia, quam Stichus status sui ignarus post mortem domini exegit, quandiu exstabit, non minus est hereditaria: ut hoc constituto non magis superiore illo responso Juliani, quam certis regulis hujus judicii efficiatur, etiam eam pecuniam quam Stichus penes se retinebit, in hoc judicium venire. Hereditariam esse hanc pecuniam, et ita hereditariam, ut si exstet, veniat in hoc judicium, non est quod dubitemus. Quod servo hereditario datum est, hereditarium est: quia per hunc hereditati acquiritur: eoque et in judicium familiæ erciscundæ venit. *L. et post*, *in pr. supr. fam. erc.* L. *hereditas*, *infr. de acq. rer. dom.* Ergo et in proposito quæ pecunia a Sticho exacta est, erit hereditaria: quia et ipsa per eum non minus hereditati acquiritur. Est enim in hac specie Stichus is, qui bona fide hereditati non aditæ serviat, et pecunia quæ illi solvitur, ex caussa et obligatione hereditaria solvitur. Constat autem per eos sive servos, sive liberos homines, qui bona fide serviunt, ut possessori vivo, ita eo mortuo etiam ejus hereditati ex re hereditaria acquiri. Ac ne dubitemus id ad Stichum, de quo quæritur, pertinere, id ipsum diserte de eo affirmatur paulo post ab Africano, in *vers. quod si sibi dari.* Neque hic audiendi sunt, qui negant in proposito pecunias a Sticho exactas, ex re et caussa hereditaria esse quæsitas: quia potius exactæ sint ex caussa mandati, quod jam nullum erat, utpote morte domini finitum. Nam utraque de caussa pecuniæ hæ exactæ sunt: et quia debebantur, et quia Sticho mandatum erat, ut eas exigeret; debitoribus, ut illas solverent. Sed prima et præcipua exigendi atque solvendi caussa hæc fuit, quod pecuniæ debebantur. Nunquam enim aliter eas exigere potuisset Stichus, nec debitores eas unquam solvissent: nisi debitas: hæc vero obligatio cum a defuncto descendat, est hereditaria. Quapropter etsi caussa mandati ad exigendum finita est: tamen hac sublata, restat caussa altera, nempe obligatio: ex qua cum pecuniæ exactæ et solutæ sint, negari non potest, quin exactæ et solutæ sint ex caussa hereditaria. Recte etiam dicetur, aliam esse caussam, sine cujus opinione pecuniæ Sticho solutæ non essent; aliam, propter quam exiguntur et solvuntur. Illa caussæ similitudinem habet, revera caussa non est; hæc vere et re ipsa caussa dicitur. Mandatum domini de pecuniis exigendis interveniens in proposito caussa est, quæ nisi subesse putaretur, pecunia a Sticho exacta

non

non esset; sed non ea, propter quam pecunia exigi potuerit: eoque non vere et proprie caussa. Argumento est, quod et sine mandato pecunia possit exigi, et quamvis mandatum intervenisset, nihil id tamen prodesset ad exigendum, si pecunia prius ex obligatione non deberetur. Illa sola caussa est, propter quam dicatur pecunia exigi, et solvi si fuerit debita, seu si subsit ejus debendæ aliqua obligatio. Hæc eadem sola exigendi et solvendi caussa vere intelligitur: hac enim posita fit, ut pecunia peti possit: et sola est, propter quam debitores solvant, nunquam alias quod non debeant soluturi. Quocirca cum de caussa exigendi et solvendi quæritur, solum hanc obligationem, non mandatum præcedens caussam nominare debemus. Ita in summa, mandati ejus, quod subesse adhuc putabatur, opinio non facit, quominus pecuniæ a Sticho vere hic exactæ sint ex re hereditaria: vel quia, sublata caussa mandati, subsit nihilominus hereditaria obligatio, ex qua etiam ipsa pecuniæ solvuntur: vel, quod est verius, quia hoc mandatum, etsi etiam nunc esset integrum: non tamen caussa est, ex qua dici debeat pecunia exigi aut solvi, sed sola obligatio, propter quam et pecunia exacta ac soluta est. Quod si ex hac caussa solutas sibi pecunias Stichus hereditati non acquirit, quia mandatum, quo movebatur ad exigendum, finitum est: quomodo idem si pecuniam hereditariam a se mutuo datam sibi reddi stipuletur, eam obligationem hereditati acquiret? Nam et in hac re stipulandi caussa illi fuit opinio mandati, quod adhuc manere existimabat, sine quo pecunias non credidisset, sciens se eas jure credere non posse: atque his non creditis, non addidisset stipulationem, quæ esset inutilis. Et tamen hoc casu stipulando obligationem hereditati acquirit, ut infra sequitur, in *vers. quod si sibi.* Ex quo apparet in hac acquisitione solum rem, propter quam acquiritur aliquid a Sticho, non autem mandatum, sine cujus opinione ad acquisitionem ventum non esset, spectari oportere.

Sed hæc dissimilia sunt, inquit Alciatus, Stichum stipulari pecuniam hereditariam sibi reddi, et pecuniam hereditati debitam exigere. Stipulando acquirit hereditati obligationem, quia id agit ut acquirat. At non item id agit, ut acquirat pecunias exigendo: quæ res facit, ut non acquirat. *L. non omnis, supr. eod.* In quo ego judicium docti viri valde requiro. Quid enim apertius, quam Stichum dum se adhuc servum esse, et se suo officio fungi, ac domino inservire putat, hoc animo esse, ut domino acquirat, ut si faceret dominus adhuc viveret? Et tamen ne videatur sine ratione rem aperte falsam dicere, argumento ad eam rem utitur. Non credit Stichus, inquit, se pecuniam accipère, et debitores liberari, nisi ex caussa mandati: hoc autem mandatum jam nullum est, utpote morte domini exstinctum. Non vult igitur; seu non id agit, ut liberentur. Ex quo rursum effici vult, Stichum debitores non liberare, ac proinde ex ea caussa pecuniam hereditati non acquirere. Ex quibus prius de voluntate Stichi ridiculum est. Non enim ideo non vult Stichus liberari debitores, quia credit mandatum subesse, quod nullum est; sed contra ideo vult eos liberari, quia mandatum, idest, caussam cur liberentur, subesse existimat. *L. quod meo, §. si furioso, infr. de acq. pos.* Posterius de liberatione neque recte colligitur ex prioribus, et per se evidenter falsum est. Non si Stichus non id agit, ut debitores liberentur; non si mandatum solvendi hic nullum est, ideo efficitur debitores ignorantes solvendo non liberari. His enim omnibus remotis, liberari possunt propter justam et probabilem ignorantiam quæ illis nocere non debet. *§. recte, Inst. mand.* Et vero simpliciter liberari eos, dum Sticho solvunt, diserte hic scriptum est. Itaque sic argumentum in eum converti debet. Credit Stichus se ex caussa mandati accipere, et debitores ex ea caussa liberari: ergo eos liberari vult, quia caussam, cur velit, subesse putat. Vult eos liberari: ergo ipso auctore Alciato liberabuntur: et quia liberantur, etiam pecuniam exactam acquiret, quia ab eo id agitur, ut utrumque eveniat. Sed nihil opus est verbis. Plus quam manifestum est Stichum ut stipulando, ita pecunias exigendo voluisse rem gerere domini sui, quem adhuc vivere putabat. Idcirco hereditati dominæ ut stipulationem, ita et pecunias exactas acquiret. Quia utrumque ex re hereditaria: stipulatio quidem ex pecunia hereditaria mutuo data; pecuniæ autem exactæ ex hereditaria obligatione. Sunt ergo hæ pecuniæ hereditariæ, quæ acquirutur hereditati. Si hereditariæ: fit, quod supra dixi, ut jam non tantum superiori sententiæ Juliani quæ est in *d. L. Mævius, §. 1. supr. fam. erc.* consequens sit; sed etiam natura judicii familiæ erciscundæ hoc exigat, ut hæ pecuniæ si exstent, in id judicium veniant. Atque hoc, si ante aditam hereditatem exactæ sint: quo tempore per servos heredita-

ta-

tarios hereditati ut dominæ acquiritur. L. *hereditas*, *infr. de acq. rer. dom.* Post aditam autem hereditatem si eas Stichus exigat, etiam coheredibus suis eas acquiret, si et hi de voluntate defuncti non cognorint, ut sequitur in *vers. post aditam*, *et seq.* quo casu fient quoque pecuniæ hereditariæ, ut quæ ad heredes pervenerint ex caussa hereditaria. arg. in *L. veniunt*, *in fin. supr. fam. erc.* Sed cur hos acquirendi modos anxie conquirimus, ut doceamus cum pecuniæ hereditati, vel heredibus aliis per Stichum quæsitæ fuerint, hoc modo futurum, ut sint hereditariæ? Ego puto, etsi hæ neque hereditati quæsitæ sint, quia exactæ sint, hereditate jam adita: neque quæsitæ coheredibus, quia hi jam Stichum liberum et heredem esse cognovissent: tamen hoc ipso esse hereditas, et venire in judicium familiæ erciscundæ, quod Sticho qui vere heres erat, traditæ sint ex obligatione hereditaria. Sic enim traditur in *d. L. veniunt*, *fam. erc.* venire in hoc judicium eas res, quæ uni alicui ex heredibus traditæ sunt, exempli gratia ex obligatione empti, cum eas defunctus emisset. Nec exigitur ut heredi tanquam heredi traditæ sint. Satis est, si heres ex obligatione hereditaria reperiatur possidere: cum non hic teneatur propter fructum suum, sed propter rem quæ est hereditaria. Quæ cum ita sint, neget autem hoc loco Africanus de iis pecuniis familiæ erciscundæ actionem competere coheredibus: quid restat, nisi ut non modo hunc locum *d. L. Mævius*, §. 1. contrarium, sed etiam sententiam Africani, quæ hoc loco est, falsam, et regulis juris, quæ sunt de hoc judicio refragari statuamus? Et hoc restat omnino, si de pecunia exstante Africanum loqui intelligimus. Neque enim multum profecerimus, ad ista concilianda, si cum Alciato dixerimus in *d. L. Mævium*, §. 1. agi de rationibus a Sticho reddendis, quæ res indivisa est, non de pecunia ab illo exacta. Nam et de pecunia ipsa quæ hereditaria sit, effectum est eam non minus in hoc judicium venire: quod tamen Africanus negare videtur. Quanquam in *d. L. Mævius*, non de rationibus reddendis, sed de pecuniis aut aliis rebus a servo exactis agitur. Etsi enim illic mentio sit rationum: non tamen ab eo exigitur, ut rationes reddat, sed nominatim ut præstet res, quas ex illis rationibus retinet. Ita est uterque locus de rebus exactis, non de reddendis rationibus.

Quid ergo relinquitur ad istorum conciliationem, vel potius ad sententiam Africani hoc loco defendendam? † Unum hoc, 6 quod Bartolus conditionem harum pecuniarum, et quid natura actionis familiæ erciscundæ postulet, probe intelligens, hoc loco ad dissolutionem posuit: ut dicamus in *L. Mævius*, §. 1. *fam. ercis.* agi de pecuniis et rebus hereditariis, quæ apud manumissum eundemque heredem exstent; hic autem de pecuniis, quæ et ipsæ hereditariæ quidem sint, sed sint ab illo consumptæ. Dixi hoc relinqui unum: quia si hoc non est, aliud non relinquitur. Si enim pecunia a Sticho exacta hereditaria est, et dum apud Stichum exstabit, de ea adversus illum familiæ erciscundæ judicium competit: necesse est, si quando illa hoc judicio peti non potest, id tum fieri, cum pecunia erit consumpta. Sed fieri potest, ut ne hoc quidem, quod de consumpta pecunia dicimus, verum sit, aut huic loco conveniat: ut nec isto modo difficultas explicetur. Et vero huic sententiæ reclamatur a plerisque, quorum ab aliis ut falsa, ab omnibus pariter ut commentitia, et prudentiæ Africani non conveniens repudiatur: nam de pecunia consumpta nihil hic aperte exprimitur. Bartolus ipse cum dixit hic pecuniam esse consumptam, dixit forte ita esse, et quamvis testetur eam sententiam sibi magis placere: tamen tantum dicit sibi magis tolerabilem videri, ut ejus diffidentiam in eo liceat agnoscere. Ego autem, et natura actionis familiæ erciscundæ, et verbis ipsis non ita obscuris horum locorum, atque etiam sententia prope cogentibus, audeo confirmare, ut sine hac distinctione ne defendi quidem sententia Africani hoc loco potest, nedum cum Juliano conciliari: ita ea distinctione nihil esse verius, aut utriusque loci verbis et menti auctorum convenientius. Ac ne prius quæratur frustra, an per se vera sit, si verbis non conveniat: verba primum breviter consideremus. Julianus in *L. Mævius*, §. 1. *supr. fam. ercis.* scribit, familiæ erciscundæ judicio præstari coheredibus, quod manumissus idemque heres ex rationibus, quas patrifamilias gessit, *penes se retinet*. Retinendi verbo utitur. Non retinet, nisi qui tenet simpliciter: cum semper insit simplex in composito; *L. verbum reddendi infr. de ver. sig.* cumque tenere sit corpore tenere, quod verbum ipsum indicat: *L. possessio*, §. 1. *supr. de acq. poss.* non tenet, retinetve quisquam, nisi rem corporalem apud se exstantem. De rebus igitur apud manumissum exstantibus aperte eo loco agitur. Idque multo certius confirmatur,

cum

cum addit Julianus *penes se*: ut dicat, quod penes se manumissus retinet: cum penes aliquem esse, amplius sit, quam esse apud aliquem. *L. penes*, *infr. de ver. sig.* Nunc Africani verba expendantur; *Earum autem*, inquit, *summarum nomine*, *quæ ad Stichum pervenissent*, *familiæ erciscundæ actionem non competere coheredibus.* Ut in superiore Juliani sententia verbo retinendi de rebus exstantibus: sic in hac Africani his verbis, *quæ ad Stichum pervenissent*, de pecuniis consumptis aperte comprehensum intelligitur, etiam si nihil adjecerit amplius: tunc enim intelliguntur ad Stichum pervenisse, cum sunt consumptæ, non ante. Hoc quidem de pecuniis alienis, quarum dominium in accipientem translatum non est, diserte scribit Julianus in *L. non omnis*, §. 1. *supr. eod.* Si hæ mutuo datæ sunt: quandiu exstant, condici, inquit, tanquam mutuæ non possunt; consumptæ possunt quia tum intelliguntur ad eum, qui accepit, pervenisse. Tales sunt autem pecuniæ, quas Stichus status sui ignarus exegit a debitoribus. Hæ cum acquirantur hereditati, cui Stichus bona fide servit, aut acquirantur ejus coheredibus, ut supra demonstravimus: quandiu exstabunt, earum dominus esse non potest: proinde juxta Juliani sententiam nec videri possunt ad eum pervenisse. Merito: quia id pervenisse dicitur, quod auferri non potest. *L. aliud est capere*, *infr. de verb. sig.* possunt autem hæ pecuniæ exstantes Sticho avocari a coheredibus aut vindicatione, aut judicio familiæ erciscundæ; quod et ex parte in rem est, §. *quædam*, *inst. de act.* Quando ergo ad eum pervenisse intelligentur? ex eadem sententia tunc, cum fuerint consumptæ. Recte hoc quoque: sic enim fit, ut plane videantur factæ Stichi, quæ ei nulla jam actione avocari possint. Non vindicatione; ut qui nec possideat, nec dolo modo desierit possidere, cum ut institor domini eas consumpserit. Non actione familiæ erciscundæ: quia hæc de his quæ non sunt, non competit, ut postea dicemus. Cum dico eas pecunias consumptas Sticho jam amplius avocari non posse: de iisdem corporibus loquor, non de aliis: nam tantundem ex eo genere peti potest negotiorum gestorum actione. Sed ea res non facit, quominus ipsa corpora exacta recte pervenisse dicantur, cum ipsa non possint auferri. Nam et in alienis pecuniis mutuo datis Julianus ait, eas consumptas videri pervenisse ad eum, qui accepit: cum tamen aliæ condici possint; at non possunt repeti eædem, quæ datæ sunt. Unde etiam eas ad accipientem pervenisse dicit. De consumptis igitur pecuniis sine dubio loquitur Africanus, qui de his, quæ ad Stichum pervenerunt, loquitur. At enim de consumptis tantum pecuniis locum interpretari, alienum videatur fortasse a prudentia Africani. Quinimo, inquit Alciatus, hoc Africanum imperitiæ arguit, qui hoc casu non distinxerit, ut infra in stipulatione fecit, ubi res distinctionem postulabat. Ideo ille ut a mente Africani abhorrens rejiciendum putat. Sed cum de verbis quæritur, satis est ostendere id Africanum verbis expressisse, quod dicimus: ut intelligatur nihil hic nos comminisci, et illi affingere, aut verba ejus violare, etsi cur ita scripserit, rationem reddere non possemus. Verumtamen ne quis certam interpretationem, et quam verba exprimunt, ideo repudiet, quia sententiam ratione carere putet: sciat Africanum de exactis pecuniis exstantibus consulto non respondisse justis his de caussis: et quia supervacuum putavit, et quia alienum. Supervacuum: quia pecunias exactas, si exstent: hereditarias esse constat: sive quod hereditati quæsitæ sint; sive quod Sticho heredi datæ ex obligatione hereditaria, ex qua etiam nunc, cum petuntur, ab illo possidentur. *L. veniunt*, *supr. fam. erc.* Jus certum est de hereditariis pecuniis, quæ a Sticho possidentur, posse coheredes cum eo agere, ut vel eas vindicent ut suas, vel de his dividendis experiantur judicio familiæ erciscundæ: ut non fuerit necesse de jure aperto eum respondere. Supervacuum etiam ideo de exstantibus exprimere: quia ex eo quod de consumptis negat competere actionem familiæ erciscundæ, satis ex contrario intelligi potest eam competere de exstantibus: ut diligentiore expressione opus non fuerit, præsertim in re aperta. Sed cur de exstantibus non responderit, certa hæc et exspedita ratio est: quia de his respondere, erat a proposito alienum. Quærit enim Africanus, an teneatur Stichus de pecuniis exactis, non tamen, an teneatur quovis modo, sed an teneatur ob factum suum: idest, an ob id: quod eas exegit. Proposuerat namque hoc modo: Stichus *status sui ignarus pecunias defuncti aut exegit*, *aut credidit. Consulebatur*, *quid de his juris esset.* De his: idest, de exactione et credito, et quæsitum, quam vim, quamque efficientiam ista haberent: ac circa pecunias exactas, quam vim haberet, quod pecunias exegit, cum ad debitores liberandos,

dos, tum ad ipsum qui exegit, eo nomine obligandum. Quærit ergo, ut dixi, Africanus, quatenus Stichus de pecuniis exactis teneatur ob id factum: idest, ob id, quod eas exegisset. Exstantes pecuniæ ad hanc quæstionem non pertinent. Peti enim illæ de Sticho possunt: verum non ideo, quia exegit, sed quia possidet. Nam etsi non exegisset, et reperiretur possidere: aut vindicari a coheredibus possent, aut hoc ipso quod essent hereditariæ, et essent apud heredem, venirent in judicium familiæ erciscundæ. Non sic pecuniæ exactæ et consumptæ bona fide. De his Stichus quasi possessor conveniri non potest: cum neque eas possideat, nec dolo desierit possidere: ideoque nec vindicari ab eo possunt: *L. qui petitorio*, *supr. de rei vind.* nec in judicium familiæ erciscundæ deduci, ut dividantur: quomodo enim dividerentur, quæ non exstant? Si de his coheredes cum Sticho agere possunt: non aliter possunt, quam si teneatur his ob id, quod eas exegisset. Quapropter hæ sunt solæ, de quibus proprie quæratur, an de his teneatur Stichus, quia exegit. Idcirco Africanus quæstioni et instituto serviens, de his solum respondet: ostendens ita Stichum de his teneri, ut tamen non teneatur judicio familiæ erciscundæ, ut fieret, si pecuniæ adhuc exstarent: veruntamen teneatur negotiorum gestorum.

Docui, cum dicimus Africanum hoc loco de consumptis pecuniis respondere, non de exstantibns, sententiam non solum verbis expressam esse, sed etiam instituto et menti Africani, eoque et prudentiæ ejus præcipue convenire. Nunc doceo per se verissimam esse hanc distinctionem: pecunias a Sticho in proposito exactas, si exstent, in judicium familiæ erciscundæ venire juxta sententiam; *L. Mævius*, *§. 1. supr. fam. ercis.* si consumptæ sint, non evenire ex sententia hujus loci. Quod etsi ex superioribus facile intelligi potest: tamen ne hic laboretur, paucis attingam. Exstantes apud Stichum pecunias, quæ ab illo exactæ sunt, esse in proposito hereditarias, abunde supra demonstratum est. Hinc efficitur certo jure has in hoc judicium venire: quia in hoc judicium veniant res omnes hereditariæ. *L. 4. L. 1. supr. fam. erc.* Quod si qui putant, etiam si pecunia a Sticho exacta apud eum exstet, non tamen hic futuram esse familiæ erciscundæ actionem, ut quidam hic scripserunt: necesse est eo fieri, aut quia putent cæteras res hereditarias venire in judicium familiæ erciscundæ, non etiam pecuniam numeratam: aut quia non putent, eam quæ hic a Sticho exacta est, esse hereditariam. Quorum utrumque longe aliter se habet. Nam venire in hoc judicium res omnes hereditarias et in his etiam pecuniam numeratam, quæ in hereditate exstat, aperte declaratur, *L. 4. fam. ercisc.* cum ibi omnes res in hoc judicium ita venire dicuntur, ut sola nomina excipiantur, idest, actiones hereditariæ: nam corpora nummorum jam exactorum, nec sunt actiones, nec debentur. Esse autem hereditarias eas pecunias, quæ Sticho datæ sunt ex obligatione hereditaria, et probatur in *L. veniunt*, *supr. fam. ercisc.* et supra ita ostendi, ut his quæ scripsi cognitis, non putem de eo dubitari posse. Quod ad eas pecunias attinet, quæ a Sticho exactæ postea bona fide ab illo consumptæ sunt, convenit inter omnes has non venire in judicium familiæ erciscundæ: quod respondere hoc loco Africanum dicimus. Sed fortasse cur minus veniant, quam exstantes, non intelligitur ab omnibus: id autem sic efficitur. Non potest de his agi familiæ erciscundæ, nisi aut quia corpora ipsa hereditaria vocentur ad divisionem inter heredes: aut quia Stichus heres de his ob factum aliquod suum conveniatur ad præstationem earum personalem: quibus ex rebus hoc judicium constat, et quæ eædem ei judicio locum faciunt. *L. 1. item Labeo*, *§. pen. supr. fam. ercisc.* Non sunt pecuniæ hereditariæ, quæ esse desierunt, aut certe amplius non apparent: multoque minus hæ inter heredes dividi possunt. Factum Stichi in pecunia exigenda intervenit illud quidem; sed, ut ille exegit in hac caussa, non est id factum, cujus nomine adversus eum familiæ erciscundæ actio competat. Tunc de eo, quod quis in hereditate gessit, familiæ erciscundæ judicio locus est, non solum cum heres gessit, ut hic accidit, sed etiam cum gessit, quasi heres. *L. et puto*, *§. sed etsi dolo*, *L. qui erat*, *§. pen. sup. fam. erc.* Hoc vero hic factum non esse constat: ut mirum non sit, si pecuniis a Sticho status sui ignaro exactis, de exstantibus adversus eum competat familiæ erciscundæ actio, de consumptis non competat. Quæ si et in re, et in verbis ita se habent: vera sunt, quæ de superiore interpretatione et distinctione posuimus: nimirum ut sine ea non potest sententia Africani, quæ hoc loco est, aut conciliari cum *L. Mævius*, *§. 1. fam. erc.* aut etiam ipsa per se defendi: ita ne quis eam ad conciliationem et defensionem hujus loci repudiet, nihil esse illa aut per se ve-

rius

rius, aut verbis et menti Africani, atque etiam utriusque loci convenientius. Cujus distinctionis et explicationis hæc est summa: Pecuniis in proposito a Sticho exactis, cum quæritur quo judicio ille heres factus de his teneatur coheredibus, ita jus esse et sententiam horum locorum. Si quidem enim eas post mortem domini exstantes penes se retinet: de his competere coheredibus adversus eum familiæ erciscundæ actionem, sive vivo domino exegerit, sive mortuo: quia quocunque tempore exactæ sint, si post mortem domini apud Stichum exstant, sint hereditariæ. Id et regulis juris certis, quæ sunt de hac actione, effici, et consequens esse Juliani sententiæ in *d. L. Mævius*, §. 1. Quod si pecuniæ, quas Stichus quandoque hereditarias apud se habuit, ab illo bona fide sint consumptæ: jus efficere, ut, quia nec sunt hereditariæ, et nullum in his exigendis factum heredis, ut heredis intervenit, ideo de his non possit Stichus teneri actione familiæ erciscundæ; sed teneatur negotiorum gestorum: ac de his quæ ita consumptæ sunt, Africanum hoc loco scribere.

Sed negotiorum gestorum actionem dari debere.) Ut de familiæ erciscundæ actione dubitatum est, num hæc potius in proposito danda sit, quam tamen Africanus dandam negat: ita e converso et de actione negotiorum gestorum, num potius dici debuerit huic in specie proposita locum non esse.
7 † Quæritur enim, quomodo videatur Stichus in pecuniis exigendis negotium coheredum gessisse, qui hac mente fuerit, ut domini negotium gereret. In quo ut in re perplexa vulgo hæsitatur ab interpretibus: neque id aliter expediunt, quam ut dicant petitione coheredum, idest, ratihabitione negotium eorum fieri. Cui sententiæ cum occurritur, quæriturque, quomodo coheredes ratum habere possint, quod ipsorum nomine gestum non est, repugnante *L. si pupilli*, §. *sed si ego*, *supr. de neg. gest.* respondent quod defuncti nomine gestum sit, id heredes ratum habere posse. Quod falsum est. Nam dominus ipse si viveret ratum habere non posset, ut acquireret negotiorum gestorum actionem: quia negotium ejus fuisset revera et sine ratihabitione, et quia adversus servum nulla illi esse posset actio. §. *hi autem*, *Inst. de ob. quæ ex del.* Nec possunt heredes ratum habere, aut acquirere ex persona defuncti, quod defunctus non potuit cum ex regulis juris eodem jure uti debeant: cum ejusdem juris sint et potestatis cujus fuit defunctus. L. *qui in jus*, *L. heredem*, *infr. de reg. jur.* Nec ad rem pertinet *L. si sine*, §. *cum autem*, *vers. Iulianus*, *infr. rem. rat.* Illic procuratori mortui legatarii legata soluta sunt ab herede, cui procurator cavit, dominum rem ratam habiturum, et dominum intelligebat legatarium ipsum, qui mortuus erat. Placet heredes legatarii eam solutionem ratam habere posse: ne amplius heres eo nomine ab illis conveniri possit. Sed hoc tunc fit, cum heres a quo iterum legata petuntur, quæ legata prius nomine domini ejusdemque legatarii solverat, vult ea soluta esse heredum nomine, eaque ad illos a procuratore transire. Quod cum heredes ratum habent, dicendi sunt ratum habere, quod suo nomine gestum sit, non quod alieno. Sed cur hic laboratur in re aperta, curque ratihabitionem requirimus, ubi ratihabitione non est opus? Negotium hic heredum jam a principio gestum est re vera, ut ineptum sit quærere aliam ejus gesti comprobationem: sitque etiam ineptior quæstio, utrum hic directa sit actio negotiorum gestorum, an subsidiaria. Exegit enim Stichus, quod heredibus debebatur, et exegit, cum effectu: debitores enim sunt liberati. Hujus liberationis incommodum solos heredes attingit: nam ab his debitores liberantur. Id declarat in ea exactione negotium fuisse coheredum: si quidem id negotium cujusque est, cujus gesti commodum vel incommodum ad aliquem pertinet. *L.* 1. §. *in propria*, *infr. quan. ap. sit.* Hinc igitur coheredibus negotiorum gestorum actio. At non fuit Stichus hoc animo, ut illorum negotium gereret. Sed cum negotium alicujus est re vera, gerentis falsa opinio de re nihil mutat: nec eo minus ei, cujus negotium est, negotiorum gestorum actio competit. Recte autem Africanus actionem negotiorum gestorum hic dando, alteram illam familiæ erciscundæ denegat. Cum enim hæc sit ex administratione heredis necessaria, tunc cum ob factum ejus competit; illa autem ex administratione voluntaria, id est utraque ex diversis et contrariis caussis: nunquam ambæ concurrere possunt in eandem caussam. *L. heredes*, §. *non tantum*, *supr. fam. erc.* Nam quod in *L.* 3. *C. de neg. gest.* ei heredi qui pignoris liberandi gratia debitum universum solvere coactus est, dicitur eandem actionem (eadem autem illic intelligitur, quæ sit eadem cum actione negotiorum gestorum: nam hæc prius appellata erat) eandem, inquam, actio-

nem, aut familiæ erciscundæ judicium dari apparet quidem ex verbis, diversis in caussis has actiones non dari, sed utramque in una hac caussa solutionis necessariæ, cum heres pignoris liberandi gratia debitum universum solvit. Sed eandem actionem cum Accursio et Bartolo, illic accipere debemus, non specie eandem, ut intelligatur actio nogotiorum gestorum; sed eandem genere, nempe singularem, non universalem, aliam tamen: ut intelligatur actio communi dividundo, quæ, ut negotiorum gestorum de rebus singulis competit, non, ut familiæ erciscundæ de universitate, idest, de hereditate, et administratione rerum hereditariarum.

Quas vero pecunias) Ordine respondet de pecuniis a Sticho creditis. Qua parte hoc tractat in summa, an hujus crediti nomine facto Stichi ulla acquiratur actio: neque hoc in universum; sed an acquiratur Stichi coheredibus. Nam an ulla acquiratur Sticho pro sua parte, nihil dicit: quod illa indicant. Etenim de vi mutui loquens ita concludit: *quare si nulla stipulatio intervenisset, neque ut creditam pecuniam pro parte coheredis peti posse, neque pignora teneri.* Deinde agens de stipulatione, si quam Stichus interposuerit, ait eam, si utilis sit, acquiri hereditati ex re hereditaria, vel post aditam hereditatem coheredibus ex re ipsorum: hæ autem solum partes intelliguntur esse hereditariæ aut coheredum, quæ non sunt Stichi. Nam quæ Sticho jure hereditario quæsitæ sunt, hæ nec coheredum esse possunt, et acquisitione hereditatis desierunt esse hereditariæ. Sane de alienatione partis Stichi nonnihil attingit, sed ita, ut attigisse sufficiat, non autem ut ad quæstionem pertinens longius persequatur: sed de acquisitione tractans in una coheredum persona consistat, quæratque, quid his ejus crediti nomine acquiratur. Quod eo factum existimari potest, quod si qua actio facto Stichi quæsita sit; jus certum esset eam ut ex re ipsius quæsitam illi libero jam facto acquiri tametsi se servum putet. *L. acquiruntur, §. idem placet, infr. de acq. rer. dom. L. si liber, infr. de stip. ser.* Quæ ratio acquisitionis non item expedita est, cum quæritur, an etiam Stichus acquirat hereditati, aut heredibus, a quibus bona fide non possidetur. Quoniam autem si hinc acquiritur actio, necesse est eam aut ex mutuo ipso seu ipsa numeratione acquiri, aut acquiri ex stipulatione, si forte Stichus pecuniam sibi reddi stipulatus sit: ideo ad eam quæstionem explicandam, quam sibi proposuit, has ipsas partes ordine executus est, ut cum de his dixisset, sciri posset nihil eum omisisse, quod ad quæstionem illi propositam pertineret. In quibus persequendis hoc servavit, prius ut de mutuo et numeratione, deinde de stipulatione diceret. De mutuo ita proponit: QUAS VERO PECUNIAS IPSE CREDIDISSET, EAS NON MAJORE EX PARTE, QUAM EX QUA IPSE HERES SIT, ALIENATAS ESSE. Quæ propositio ut intelligatur, partes distincte ejus explicandæ sunt. Non enim dubium est, quin his verbis Africanus et de parte Stichi dicat, et de parte coheredum: pro illa parte pecunias alienatas esse; pro hac non esse alienatas. De quo etsi video prope inter omnes convenire: tamen ne quis propter difficultatem ejus quod de parte Stichi dicitur, de eo dubitet, paucis demonstrandum est. Aut ergo hic oratio affirmativa est, quæ desinat in negationem hoc modo: pecunias esse alienatas, ex parte quidem, sed non majore, quam ex qua ipse sit heres: quo modo accipi melius est. Apparet enim hic negationem non ad partem referri, sed ad quantitatem partis, atque hoc dici: pecunias esse alienatas ex parte non majore. Aut si quis mavult hic orationem negativam esse: sic negativa erit, ut desinat in affirmationem, ac contrario ductu eodem redeat, hoc modo: pecunias non esse alienatas ex parte quæ sit major, quam ex qua ipse sit heres: cæterum ex hac saltem esse alienatas. Hæc enim oratio, ex parte quæ major sit, discretionis caussa adjecta est, quo ex pluribus partibus designaretur ac velut exciperetur certa, quam placeret non alienari. Qui de parte Stichi, et de parte majore exprimit, et ex his solum majorem excipit, quam alienatam neget, aperte alteram quæ est Stichi, relinquit, quam velit esse alienatam: alioqui dici debuit, non pecunias ex majore parte non esse alienatas, sed nulla ex parte esse alienatas. Ne res testimoniis egeat, eadem plane oratio est Pauli in *L. 2. in fi. infr.* de præt. stip. *Sed ei lite contestata*, inquit, *possessor decesserit: unum ex heredibus non majore ex parte damnandum, quam ex qua heres est*: ubi constat hoc dici ex ea saltem parte eum damnandum. Nec dissimilis locutio est illa in *L. 1. C. ne fil. pro patr.* cum dicitur, patrem ex filii persona non amplius quam de peculio actionem sustinere cogi: ubi ut negatur eum cogi amplius sustinere: ita minime dubium est, quin hoc significetur, saltem de pecu-

culio cogi patrem excipere actionem. Item in *L. si duo*, *infr. dep.* illud: *nec enim amplius actoris interest*, valet: hactenus actoris interest, sed non amplius: quæ locutio passim occurret ut et in *L. qui duo*, *infr. de ser. rust. præd.* Quapropter non dubitabimus, quin superiore oratione non minus dicat pro parte Stichi pecunias alienatas esse, quam illud certum est, eum negare pro majore parte, idest, pro parte coheredum esse alienatas. Proinde et de utraque sententia quod necesse sit, dicendum est. Utramque quidem ita hic complectitur Africanus, ut tamen eam, quæ est de parte coheredum, solum tractet. Nam et hujus solius probationem subjecit; et colligens ex propositione, quod volebat, in conclusione nihil amplius posuit, quam quod pertinebat ad partem coheredum, pro hac nimirum parte pecunias non esse creditas: ut appareat eum, quod dixerat, pecunias pro parte Stichi alienatas esse, aut tanquam ad rem non pertinens omisisse, aut sententiam eam pro explorata posuisse. Sed ut maxime ad rem pertinet de alienatione partis Stichi in proposito intelligi: ita si qua sententia ex superioribus duabus falsa videri potuit, hæc est maxime, †
8 qua vult pecunias pro parte Stichi esse alienatas. Quo magis in hanc inquirendum est. Ut autem Africanus primam posuit pro confessa: ita et de ea priore loco transigemus. Videamus ergo, num verum sit pecunias pro parte Stichi esse alienatas. Quod omnes jam a principio ex quo pecuniæ creditæ sunt, ita esse accipiunt. A quibus longe dissentio: atque ita statuo: dum Stichus status sui ignarus pecunias credit, quandiu in eo errore versabitur, pecunias pro ejus parte alienari non posse. Duæ res ad dominium alicujus rei transferendum, in eo qui transfert, necessariæ sunt: transferendi facultas, et voluntas: idest, ut dominus sit, qui tradit, et velit rem in alium transferre. Qui dominus non est, is utique dominium quod non habet, in alium non transtulerit. *L. traditio*, *infr. de acq. rer. dom.* Sed nihil agit transferendi facultas, nisi dominus rem suam tradendo hoc animo sit, ut transferat. *L. in omnibus rebus*, *infr. de obl. et act.* Stichum quidem in proposito pecuniæ hereditariæ pro portione hereditaria statim a morte defuncti dominum factum esse convenit. Is enim ut heres necessarius, etiam ignorans statim ipso jure exstitit domino heres: *L. ex parte*, *infr. de acq. her.* qua de caussa et in rerum omnium hereditariarum dominium, et cætera jura pro parte hereditaria successit *L. heres in omne*, *infr. de acq. her. L. cum heredes*, *infr. de acq. poss.* Itaque et ejus partis sine dubio alienationem habuit. Hæc enim potestas est omnium dominorum, nisi, si quibus nominatim est interdicta. §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Sed non est hoc satis. Postquam ad transferendum animo et affectu opus est, nisi Stichus pecunias suas credendo transferre voluit, omnino non transtulit. At noluisse eum transferre error ejus et juris sui ignorantia evidenter demonstrant. Nemo enim errans, in eo in quo errat, consentire intelligitur. *L. si per errorem*, *supr. de jurisd. L. 2. supr. de jud.* Ex quo efficitur, ut qui pecunias alienas putans pro alienis tradidit: cum ejus essent: eas non transtulerit, idest, non alienarit. Ne autem admodum necesse sit id ratiocinando efficere: consentiens veterum sententia est de hac ipsa specie de qua agitur, multis locis nominatim tradita. Si quis rem suam, quam putet esse alterius, ejus nomine tradat, cujus eam esse putat, rem non alienari, nec fieri accipientis; et in totum neminem in dominio rei suæ errantem rei suæ dominium amittere. *L. 3. §. subtilius*, *infr. de cond. cau. dat. L. etsi consensum*, *in* ● *infr. de contr. em. L. si procurator meus*, *infr. de acq. rer. dom.* Et hoc concedunt omnes, si quis rem suam transferre noluit, hunc non transferre. Sed tentant efficere Stichum in hac specie esse hoc animo, ut credendo voluerit tansferre: quia scilicet defuncti si heres, et sit hoc animo, ut velit transferre nomine defuncti: atque ita argumentantur: Vult Stichus pecuniam transferre, quæ domini est, idque nomine ipsius domini. Ipse Stichus ejus pecuniæ pro parte dominus est, quia est pro parte heres. Vult igitur hactenus suam transferre, et suo nomine: proinde etiam transferet. In quo propositio istorum animadvertenda est. Aut enim hoc dicunt: Stichum pecuniam domini nomine domini transferre velle, quisquis ille sit dominus; sive is a quo Calendario præpositus fuerat, sive eo mortuo, heres ejus qualiscunque: aut velle transferre pecuniam domini ejus, cujus in potestate prius fuerat, et quem etiam nunc vivere putabat. Si hoc sentiunt, Stichum velle transferre pecuniam nomine domini, quicunque sit ejus pecuniæ dominus: sane hoc concesso recte colligant etiam eum pro parte sua velle alienare, quia ipse partis sit dominus: sed ne ex eo aliquid exstruant, id dicunt, quod aperte fal-

falsum est. Nam quomodo Stichus cujuslibet nomine, qui pecuniæ dominus esset, pecuniam crederet: qui ejus unicum dominum et eum certum esse putabat, nempe eundem quem et vivere, et suum dominum esse existimabat, et cujus solius nomine fœnerabatur? Quod si hoc tantum intelligunt, Stichum velle pecuniam transferre, quæ domini sui esset, idque ejus nomine: et tamen ex eo colligunt, velle etiam eum transferre pecuniam heredum: quia heres personam defuncti repræsentet, proinde et velle suam; quia ipse sit in numero heredum: nescio an quidquam dici possit his collectionibus vitiosius, aut ineptius. Non si voluit transferre rem domini sui, et ejus nomine, ideo voluit eam transferre nomine heredum, quo casu eorum facta esset. Imo contra ideo noluit transferre heredum nomine, quia domini, quem vivere credebat, nomine transferre voluit. Qui de vivente cogitat, quatenus id facit, de ejus heredibus non cogitat: quoniam viventis ut non est hereditas, *L 1. de her. vel act. vend.* sic nulli heredes. Ac quominus de voluntate Stichi erga heredes in hac re dubitetur: in promptu est videre, cur qui domini sui nomine pecuniam credere et alienare voluit, noluerit eam credere aut alienare nomine heredum ejus. Cur enim voluit in proposito Stichus pecunias alienare, et alienando credere? quia mandatum illi erat, ut faceret, et quia ad eam rem non officio tantum muneris sui, sed etiam necessitate parendi se teneri existimabat: jusserat enim dominus, cui servus parere necesse habebat. Utrumque cessat mortuo domino, præsertim si servus sit heres institutus. Primum, mandatum morte domini finitum est. §. *recte inst. mand.* qui vivente eo, pecuniam credere vult propter mandatum: dicendum est eum mortuo domino, et finito mandato nolle transferre: quia caussa cessat, propter quam voluit. arg. in *L. quod dictum, supr. de pact.* Ut autem nihil aliud sit: tamen mortuo domino, et Sticho sui juris facto, atque adeo herede instituto, nulla amplius necessitas est, quæ eum cogat pecunias credere. Quare et hac necessitate sublata, eodem argumento probandum est eum non videri velle credere, qui id faciebat propter necessitatis opinionem. Quod tamen ne anxie superiore argumento defendamus, Labeonis sententia de hac re certa est in *L. liber, in fin. infr. de acq. rer. dom.* eum qui bona fide serviat, si jussu ejus cui servit, quasi ex necessitate quid faciat, id eum nolle et in id consentire non videri. Vitiose ergo, ut dixi, colligitur: quia Stichus nomine domini sui pecuniam, quam ejus esse putabat, alienare voluit: ideo et heredum ejus nomine alienare voluisse. Illud non minus vitiose, quod sequitur. Concedamus enim Stichum hoc animo esse, ut pecuniam heredis transferat, et nomine heredis. Non ideo tamen consequens est, eum velle transferre suo nomine, quamvis sit heres. Imo ideo suo nomine ut heredis non vult id facere, quia se in numero heredum esse ignorat. Non enim consentiunt, qui errant. *d. L. si per errorem, supr. de jur. et facti ignor.* Et omnino prius est, ut quis se heredem esse sciat, quam ut tanquam heres quidquam facere cogitet. Quapropter qui et pecuniam suam, et se heredem esse ignoravit: is sine dubio neque eam pecuniam ut suam, neque heredis nomine alienare voluit, aut etiam potuit; eoque nec alienavit. Sunt qui longius progressi dicant quod hic erravit Stichus ignorans pecuniam suam esse, errorem hunc non impedire alienationem: quia non multum oberret persona testatoris a persona heredis, sed sit prope eadem. Quasi hic quæratur, utrum Stichus in jus et locum defuncti successerit, ut eadem persona habeatur; ac non illud potius, an sciat Stichus se successisse: aut quasi quæratur, an is possit pecuniam quæ jure hereditario illius facta est, alienare; non autem an velit. Omnis vero de eo quæstio est, an velit. Quod si non vult, non alienabit; quantumvis eadem persona cum defuncto fuerit. Nisi hoc forte dicunt, Stichum nomine testatoris pecunias alienare voluisse: et quia hoc voluit, voluisse etiam nomine heredis, quoniam eadem sit utriusque persona. Quod si sentiunt: duo sunt in eo peccata animadvertenda. Primum quod Stichus in hac specie non credidit pecuniam testatoris ut testatoris, seu ejus in cujus locum alius successerat, ut quis dicat Stichum de herede defuncti cogitasse; sed credidit ut pecuniam domini viventis, et qui nullum heredem habere tum potuerit. Deinde quia etsi nomine heredis pecuniam credidisset: non tamen dici posset credidisse eam nomine suo, et qui se heredem esse non putaret. Neque vero eadem ratio est, cur velit alienare pecuniam suam, quæ ratio facit, ut velit alienare pecuniam domini. Cur velit pecuniam domini ut domini alienare, necessitatis opinio facit, quia ut dominum putat vivere: ita se officio institoris et jussu domini, ut alienet, cogi existimat. In

suis

suis rebus, quas quis suas esse sciat, et tractet ut suas, unusquisque judicio suo et sua libertate utitur: ut si nulla alia sit caussa transferendi, quam necessitas, omnino nolit transferre: quia hæc omnis necessitas illi sit amota. Summa huc redit: Ignorare Stichum in proposito pecuniam hereditariam pro parte suam esse, cum in ejus dominio erret: in eo transferendo consentire non posse, eoque nec pecuniam alienare; et omnino eum qui erret in dominio rei suæ, quantumvis alterius nomine eam tradat, rem tamen non alienare, nec dominium rei suæ amittere. *d.* L. *si procurator meus*, *infr. de acq. rer. dom.* Nihil adversus hanc sententiam pro vulgari sententia facit *L. servum Titii infr. mand.* Titius servum suum, quem meum putabat, mandatu meo vendidit, et in eo errore emptori tradidit, illic scriptum est, *vindicationem servi ei* adversus emptorem *non concedendam.* Primum, non ideo non conceditur ei vindicatio, quia servum ipso jure in emptorem transtulerit: quod errans et ideo non consentiens non potuit facere; sed quia effectu ei non conceditur. Obstat enim vindicanti doli mali exceptio, ut ei qui se servum a se venditum non tradidisset, ultro teneretur ex empto, ut eum emptori traderet: denique, ut ei qui improbe servum evincere conetur, qui servo ab aliis evicto de evictione teneatur. *L. vindicantem*, *infr. de evict.* Sed huic exceptioni tunc locus est, cum Titius vindicans negabit se servum vendidisse. Quod si fatebitur, et nihilominus vindicet: omnino ei vindicatio a prætore non dabitur, ut nec alias solet actio dari, ubi actor de exceptione adversarii justa confitetur. *L. nam posteaquam*, *in pr. infr. de jurejur.* Quorsum enim hic actio, cum eo concesso quod in exceptione est, statim lis tollatur, quia constet reum semper et statim absolvi oportere? De confitente autem Titio agitur in *d. L. servum*, *mand.* Non mirum, si absolute dictum est, vindicationem ei non concedendam; etsi re vera jure ipso dominium in emptorem non transtulerit. Tum autem etsi quis concesserit eum transtulisse: nihil tamen hoc ad eam speciem de qua agimus, pertinet. Illic enim Titius, quia servum vendiderat, suo nomine obligatus erat, ut traderet. *L. procurator qui pro*, *supr. de proc.* Et quod ignorans fecit, etsi non fecit volens: tamen errore detecto, implere cogitur propter obligationem. At Stichus in proposito, ut noluit pecuniam suam transferre errans: sic nulla obligatione tenetur debitoribus, quibus eam credidit, ut eam apud illos manere patiatur. Quæ si ita sunt; nihil omnino dici potest, cur non verissimum sit, quod proposui: quandiu Stichus status sui ignarus pecunias credidit, etsi maxime pro parte ejus sint: tamen in eo errore nec pro ea parte esse alienatas, qui errans alienare noluerit.

Quid ergo? volumus Africanum hoc loco non dicere, pecunias pro parte Stichi esse alienatas: aut si dicit, id falsum esse? Imo vero et dicit hactenus esse alienatas, ut supra ostendimus; et quod dicit, verum esse volumus. Sed videndum est, pro quo tempore id dicat. Ita etiam et vere hoc eum dicere, et nihil id superiori sententiæ adversari intelligemus. Pecuniæ, inquit, non ex majore parte alienatæ sunt, quam ex qua Stichus heres est: ergo ex hac saltem parte sunt alienatæ. Recte hoc dicitur: sed ex hypothesi Africano proposita, et ad quam hæc propositio accommodata est: nempe tunc, non cum Stichus adhuc status sui ignarus pecunias non aliter pro creditis habet, quam domini viventis pecunias; sed cum de jure suo admonitus pecunias etiam nunc vult esse creditas, et apud debitores manere: quæriturque, an saltem hoc casu tanquam creditæ peti possint, non solum pro parte Stichi, sed etiam pro parte coheredum. Hic vero recte respondet, etsi forte hoc casu pecuniæ pro parte Stichi alienatæ sint, ut sunt: non tamen ex majore parte esse alienatas: hinc fieri, ut nec hoc casu pro parte coheredum tanquam creditæ peti possint. An hoc sentiat, ex conclusione, quam ex hac propositione efficit, sumendum est. Colligitur enim in conclusione id, de quo quærebatur. Sic autem conclusio Africani est ex hac propositione: *quare*, inquit, *si nulla stipulatio intervenisset*, *neque ut creditam pecuniam pro parte coheredum peti posse.* His verbis ostendit se de ea specie agere, cum pecunia credita pro parte cujusque heredum petebatur, quærebaturque, an ita pro parte cujusque peti posset. De eo enim respondet, quod erat in quæstione: respondet autem posse peti pro parte Stichi ut creditam et alienatam: at pro parte coheredis non posse. Non est huic quæstioni aut responso locus, nisi tunc, cum Stichus scit se heredem, et pecunias vult etiam nunc manere creditas. Neque enim partem hereditariam petere potest, nisi ut heres: nec potest petere ut heres, nisi se heredem factum sciat. Ut creditam autem petere aut ab aliis peti-

ti velle nullo modo potest, nisi prius velit creditam. Hoc vero *si facit*, postquam de jure suo et coheredum cognovit: hic demum, inquam, *vere* respondetur, quod Africanus ait, *ita* pro parte Stichi pecunias alienatas *esse*, ut tamen majore ex parte non sint *alienatæ*, quantumvis ille velit omnes quas prius crediderat, etiam nunc esse creditas: quoniam pro parte coheredum
9 non sit earum dominus, de quo postea. † Cæterum ex qua parte ipse heres sit, pecunias hoc casu esse alienatas verum est. Nam antea quidem, ut et nunc, suæ partis dominus fuit; sed voluntas rem suam alienandi illi deerat, quia suam esse ignorabat. Nunc de jure suo certior factus vult eandem pecuniam, eamque ut suam alienatam esse: nihil hic deesse potest ad justam pecuniæ alienationem. Non enim ad rem pertinet, quod pecunias iterum debitoribus non tradidit. Cum jam pecuniæ apud debitores essent: sine alia traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam *L. qua ratione*, §. *interdum*, *infr. de acq. rer. dom.* Ex quo tempore eadem voluntate pro parte Stichi fient creditæ etiam ante quam moveantur. *L. certi*, §. *ult. supr. eod.* Hoc autem sentire Africanum non minus ex probatione, quam subjicit, intelligi potest. Propositio ab illo posita est, quæ est duplex: pecunias nimirum pro parte coheredum non esse alienatas; pro parte autem Stichi esse alienatas. Hujus propositionis confirmationem subjiciens, solum in eo laboravit, ut ostenderet verum esse, quod de parte coheredum dixerat; de parte Stichi nihil dixit. Ex quo apparet illum, quod de ea parte dicebat, pro certo et explorato habuisse: certe pro eo, quod nulla probatione admodum indigeret: Alioqui esset ineptissimus, si cum in ea sententia quæ est de parte Stichi, plus esset difficultatis: tamen hujus probatione omissa, in illa altera, quæ minus dubitationis haberet, consisteret. Vel hoc ipsum satis argumenti est, non loqui Africanum de eo tempore, quo Stichus adhuc statum suum ignorabat. Nam pro eo quoque tempore si diceret pecunias pro parte Stichi esse alienatas, etsi quis daret sententiam non plane falsam esse: tamen Africanus id diceret, quod præcipuam et certam dubitationem haberet; et eam quæ multo citius esset diluenda, si Africano credere vellemus, quam illa, quæ in alteram sententiam incurrit. Nam potestatem Stichi in pecunia tota alienanda finitam esse morte domini, multo proclivius est existimari, quam eum partis suæ dominium errantem amittere aut transferre. Prius quidem in mandato generaliter receptum est ab omnibus; posterius a nemine, et quidem statim manifestis regulis juris adversari videtur, ut et re vera adversatur: nemo enim dominium rei suæ transfert sine consensu. Quis est autem, qui in dubium revocet, quod a veteribus traditum est, errantem non consentire? De hoc igitur si Africanus ageret, et diceret Stichum nihilominus in hoc errore pecunias suas alienasse: conveniebat præcipue hoc illum confirmare, et ea quæ omnibus tam aperte contra occurrunt, in primis diluere: ne quis aut illum ista non vidisse putaret, quæ omnes intelligunt; ut juste illum irrideret, qui rem minime dubiam instituisset probare; rei autem maxime dubiæ, et quam nemo illi daret, probationem omisisset. Cur ergo hujus partis probationem ut in re certa et velut confessa ptætermisit? Non alia in prudente et acuto scriptore, qualis est Africanus, ratio reddi potest, quam quod de ea specie non agebat, in quam superior dubitatio de errante incurret: idest, quia de eo tempore non agebatur, quo erraret Stichus, sed quo post cognitum ab eo testamentum de pecuniis pro parte ejus et coheredum repetendis quærebatur. Hoc vero tempore nulla est dubitatio de partis Stichi alienatione, cum possit et velit tum alienare. At est justa de eo, quod dicit partes coheredum non esse alienatas. Etsi enim Stichus non est earum dominus: tamen existimari potest eum propter potestatem alienandi a domino acceptam, etiam mortuo domino, jus alienandi habuisse, quasi ea potestas morte domini non esset exstincta. Quamobrem et ad eam dubitationem tollendam solum confirmationem suam contulit: de qua jam videamus.

Ait igitur pecunias pro parte coheredum (quæ pars illa est major, ex qua Stichus heres non exstitit) non esse alienatas. Huic parti obstabat, ut dixi, potestas Stichi præcedens. Nam si hæc mortuo domino mansit pecuniæ sunt alienatæ. Nec quidquam ad rem pertinuerit, quod Stichus pro parte coheredum non est dominus. Nam nec vivo domino ulla ex parte pecuniarum dominus fuit. Pecunias tamen jure credidit, et alienavit, quia institor erat, et voluntate domini in eo utebatur. Quare et mortuo domino eodem jure pecunias alienaverit, si manet institor. Quod ita esse facile quis dixerit: quia potestas quæ illi data erat, aperte revocata non proponitur; sed maxime tunc, cum ille mortuum dominum ignorans ignorantibus debitoribus credidit: nam ignorantes debi-

bitores illi solvendo liberantur, quod videatur alicui pro vetere institoris potestate fieri. Quidni ergo et ignorans ignorantibus credendo pecuniarum dominium eadem potestate transferat? † Ergo hanc dubitationem removens docet potestatem alienandi, quæ prius fuerat, sola morte domini sine alia revocatione finitam esse, et institorem esse desiisse, qui prius fuerat. Id probat exemplo procuratoris, cui pecuniæ in hoc ipsum specialiter datæ sunt, ut eas Sticho crederet. Hoc enim mandatum, quod et de potestate credendi, et de persona cui credatur, aperte et nominatim exprimit, si non plus tribuit; at certe multo evidentius et certius est, quam illud, cum pecuniis Sticho datis generaliter et infinite jubetur eas exercere. Et tamen si quod tale mandatum sit de pecunia credenda, quale diximus: si procurator mortuo domino pecunias Sticho credat, non faciet nummos accipientis, quamvis ignorans credat: ut dicendum sit multo minus id tum futurum, cum sciens dominum decessisse pecunias crediderit, aut pro creditis habere voluerit. Quæ res ostendit etiam hujus procuratoris potestatem morte domini exstingui. Quanto ergo magis hæc omnis potestas Stichi, quæ non aliter illi quam generaliter tributa est, morte domini finietur: ut pecuniam jam alienare non possit, qui et ejus dominus non est, et per domini mortem voluntate ac potestate vetere destituitur? Poterat Africanus usurpare generale illud, quod de mandato traditum, et ab omnibus receptum erat, et idem valet, mandatum morte mandantis solvi. §. *recte*, *Inst. de mand.* Sed hæc sententia certius intelligitur, si in eo procuratore, cui specialiter quid mandatum est, hujus quoque potestatem, et domini mandatum morte domini finiri dixeris. Ideo hujus exemplo ad majorem confirmationem uti maluit: ut esset hæc collectio. Si mandatum quamvis speciale de pecuniis credendis morte domini finitur: multo magis de generali idem probandum esse, quale est in Sticho, quod nunc proponitur. Sed tamen in summa huc res redit, ut eandem illam sententiam generaliter confirmet, velitque omne mandatum morte domini finiri: eoque et cum mandato omnem alienandi, quæ ex mandato pendebat, potestatem.

Non obstare ait, quod debitores ignorantes Sticho solventes liberentur: non enim ut hoc receptum est, ita et illud receptum ut Stichus credendo nummos alienet. Sed cur non hoc quoque itidem receptum? nihil enim Africanus adjecit, contentus, credo, id quod pro jure certo receptum erat, ponere: quod de jure respondendi, de quo consulebatur, satis putabat. Nobis autem jus atque hunc locum interpretantibus quærendum est: potest enim non recte constitutum videri. In quo hæc esse possit dubitatio. Nam si institor et procurator mortuo domino potestatem debitoris liberandi, quam prius habuerunt, retinent: quomodo potestatem alienandi, quæ prioris potestatis pars est, mortuo domino amittant? Veterem potestatem, quæ nulla ex parte nova voluntate revocata est; aut in totum mortuo domino retineant, aut in totum morte ejus amittant oportet. Sed facilis hic et expedita responsio est: nempe totum hoc esse verissimum; sed his adversari, qui fateantur istos post mortem domini veterem potestatem ex aliqua parte retinere, ut vel debitores solventes liberare possint. Nos autem istam potestatem morte domini in totum finiri dicimus, ut non magis possint liberare debitores, quamvis ignorantes, quam possunt pecunias alienare. Finitur enim domini morte mandatum. Hoc finito, etiam illam potestatem, quæ mandato sustinebatur, finiri necesse est. Potestate sublata, consequens est, illa quæ ejus potestatis partes erant, simul intercidant. Liberantur quidem debitores Sticho solventes, ut hic dicitur; sed non ideo Stichus eos liberat, quantumvis dominum decessisse et ipse et illi ignorent. Quæ res liberat igitur: justa ipsorum ignorantia, quæ illis nocere non debet, ut est in §. *recte Inst. de mand.* Et ideo Africanus toto hoc loco cum de liberatione debitorum ageret, diligenter cavit et hic, et principio ne diceret Stichum debitores sibi solventes liberasse; sed ubique dixit debitores ei solventes liberari: cum intelligeret omnem hanc liberationem non ex facto et potestate Stichi, sed ex hac ignorantia contingere. Quod si institor procuratorve mortuo domino pariter nec debitores liberare, nec pecunias alienare potest, et omnino omnis eorum potestas finita est: non est quærendum, cur in hac potestate unum illis potius facere non liceat, quam alterum, cum pariter neutrum illis liceat. At enim in debitorum ignorantia hæc saltem inter ipsos differentia relinquitur, quod ignorantes si solvant, liberantur; si pecuniam accipiant, pecunia in eos non trasfertur. Hujus etiam differentiæ rationem recte quis requirat. Concedimus enim ignorantiam debitorum facere, ut solvendo ei, quem adhuc institorem aut procuratorem putent, liberentur: cur non hæc ea-

eadem ignorantia facit, ut ab his ipsis ignorantes accipiendo pecuniæ dominium acquirant? Non transfertur dominium, inquies, nisi sit qui transferat: nec potest transferre, qui dominus non fuit, aut voluntate domini non transtulit. *L. qua ratione*, §. *hæ quoque*, *infr. de acq. rer. dom.* Licet et circa solutionem idem respondere. Ut enim jure dominium non transfertur, nisi is tradit, qui jus transferendi habeat: sic nec eodem jure contingit liberatio, nisi ei solvitur; qui jus liberandi habuit, puta creditori, aut alii voluntate ejus. *L. solutam*, *infr. de solut.* Et tamen tribuitur hoc justæ ignorantiæ, ut quamvis ei solvatur, qui liberandi potestatem nullam habet; nihilo minus liberetur debitor, si ei solverit, cui olim de pecunia exigenda mandatum erat, dum mandatum et voluntatem domini finitam esse ignoret. *d.* §. *recte*, *Inst. de mand.* Cur non eadem ratione et pecunia transferatur in accipientem propter justam ignorantiam, si ab eo creditum acceperit, cui mandatum erat de pecuniis credendis, et mandatum adhuc perseverare existimet? Dices proniores nos esse debere ad liberandum, quam ad obligandum, quæ vulgaris hic ratio est ex *L. Arrianus*, *infr. de obl. et act.* Nihil hoc ad rem pertinet. Non enim hic quæritur, an inviti debitores pecunia accepta obligentur, sed an volentes accipiendo eam acquirant, et ea quæsita, volentes obligentur. Hic propensio esse debet ad aliquem non obligandum, ubi is se obligari non vult. Adversus volentem autem ejusmodi aliquid statuere est absurdum. Certe volentes quid acquirere, et volentes obligari non minus æquum est, et jure permissum omnibus, quam volentes liberari, si utrumque fiat justis et constitutis modis. *L. sicut*, *C. de obl. et act.* Vera differentiæ ratio hæc est: quod debitores, qui solverunt, laborant, ne si non liberantur, damno afficiantur, et pecuniam amittant; qui autem mutuam pecuniam acceperunt, dum eam suam fieri volunt, id agunt, ut acquirant. Justæ ignorantiæ abunde sufficere debet, si ignorantibus non noceat, non etiam eo usque producenda est, ut illis prosit. Multum enim interest, utrum damnum quis faciat, an lucro aliquo uti prohibeatur: amittat quid de suo, an de alieno non acquirat, ut est in *L. Proculus*, *in fin. infr. de damn. infr. L. ult.* §. *pen. C. de cod.* Et generaliter definiemus: ubi quid tribuitur jure alicui, sive actio, sive beneficium aliquod in hoc, ne res aliqua certa ei noceat: ibi actionem et beneficium locum non habere, ubi id agatur, ut illa res prosit. Quod ex his, quæ circa actionem de aqua pluvia arcenda veteres tradiderunt, intelligitur. Prodita est ea actio, si opere a vicino facto aqua pluvia mihi noceat. Ex hoc ipso veteres collegerunt, si vicinus fecerit, ne ea mihi prosit, quæ alioqui decurrens mihi proderat, aut prodesse poterat, cessare actionem. *L.* 1. §. *sicut*, *L.* 2. §. *item Varus*, *infr. de aq. et aq. plu. arc.* Id huc transferendum est. Debitori qui mandato soluto ignorans solvit, tribuitur liberatio nominatim ideo, ne illi justa ignorantia noceat. *d.* §. *recte*, *Inst. de man.* Hac ipsa de caussa efficitur, ne hæc ignorantia illi prosit ad acquirendum, quod prius non habuit.

Hæc Africani sententia et confirmatio est de pecuniæ pro parte coheredum alienatione. In qua apparet eum duo hæc sumere: Primum, etiam eum procuratorem, cui pecuniæ nominatim datæ sunt in hoc, ut eas Titio crederet, si mortuo domino eas Titio crediderit, non facere nummos accipientis: itaque etiam hujus potestatem, ut et reliquorum quibus quid mandatum est, morte domini finiri. Deinde huic procuratori similem esse in proposito institorem Stichum. Quibus positis efficitur quod proposuerat, hunc Stichum post mortem domini pecunias credendo, eas pro parte coheredum non alienasse. De collectione dubitari non potest, si vera sunt, quæ sumuntur. Sed vocantur illa in quæstionem. Itaque de utroque paucis cognoscendum est. Ac procuratorem cui quid datum est in hoc, ut id ipsum Titio daret, post mortem domini Titio dando dominium non transferre, etiam Juliani sententia est in *L.* 2. §. *si pecuniam*, *infr. de don.* † Sed adversari videtur *L.* 11
fundi, *infr. de acq. poss.* ubi si venditor fundi mandaverit alicui vel procuratori vel amico, ut possessionem Titio emptori traderet, et procurator mortuo domino tradiderit ignorans ignoranti: placet possessionem recte traditam: idest, ita traditam, ut ea et quidem justa emptori acquiratur. Et hoc omnes sic acceperunt, ut fateantur illic mandatum domini morte non finitum; sed eo possessionem transferri dicant, quia mandaverat dominus id fieri, ad quod præstandum tenebatur: id ubi accidat, toties mandatum etiam post mortem domini manere. Sed ex hoc responso incidunt in aliud incommodum majus: admittunt enim in procuratore, qui in rem suam datus non sit, aliquando evenire, ut mandatum morte domi-

mi-

mini non solvatur: quod non solum notæ regulæ juris adversatur, quæ traditur in §. *recte, Inst. de mand. L. inter, infr. mand.* sed etiam fieri non potest. Si mortui nulla voluntas est; non potest, quin ea quæ prius fuerat, morte domini finiatur, quæcunque tandem caussa fingatur, cur vivus voluerit: ut et finiri eam traditum est in *L. 4. infr. loc.* Quomodo ergo in superiore specie mortuo domino eam menere defendemus? Quod si morte finitur voluntas, finitur et mandatum: neque enim aliud est mandatum, quam mandantis voluntas de eo, ut fiat, quod mandavit. Et cur metuamus in totum sententiam juris retinere, morte mandantis solvi mandatum, ubi nulla necessitas nos cogat ab ea discedere? Neque vero nos cogit L. *fundi, de acq. poss.* atque adeo ne tantillum quidem huic loco circa mandatum et potestatem procuratoris adversatur. Ut enim hic mortuo domino procurator pecunias tradendo, pro vetere potestate nummos non facit accipientis, et in totum pro vetere potestate quæ finita est, nihil transfert: sic nec illic procurator mortuo domino transfert possessionem, aut eam facit accipientis, tametsi rem tradendo accipienti, caussam præstat, ut ille possidere incipiat. Id si docemus, nihil adfertur ex eo loco, quo probetur post mortem domini in procuratore ejus loci veterem possessionem mansisse. Atqui nihil facilius, quam ostendere in specie *L. fundi*, procuratorem seu amicum venditoris mortuo eo possessionem in emptorem non transtulisse. Primum ex persona sua quomodo transferret, quam ipse non habuit? neque enim rem tenebat ut suam, sed ut alienam et alieno nomine, quamque in id nominatim acceperat, ut alii statim traderet: quod qui faciunt, eos non possidere certum est. *L. sciendum, supr. qui satisd. cog.* §. *idem placet. Inst. per quas per. L. quod meo, infr. de acq. poss.* Ex persona vero domini ejusdemque venditoris fuerit sane illi jus possessionis transferendæ, si quam ille habuit. At hæc eo mortuo nulla est. Sic enim quisque moriens possidere desinit, ut nec possessio ad heredem pertineat, nisi ab eo naturaliter comprehensa. *L. cum heredes, L. qui universas*, §. *quod per colonum, infr. de acq. poss.* Possessionem igitur sine dubio illic procurator transferre non potuit, quæ nulla neque in ipso defuncto, neque in heredibus fuerit. Itaque, quod illic dicitur mortuo domino recte ab ignorante procuratore possessionem traditam: ideo dictum est, non quia traderetur aut transferretur aliqua possessio, quæ tum esset, quia nulla erat; sed quia novæ adipiscendæ caussa emptori præberetur, quæ possessio postea secuta est. Quid refert; dixerit aliquis, si hæc ipsa nova possessio procuratoris traditione acquiritur? sic enim et hanc procuratoris jure etiam post mortem domini manente acquiri dixeris. Atqui hæc etiam ejus traditione videtur acquiri. Non ita est. Alterius traditione dici possumus acquirere possessionem, quæ ab aliquo traditur; quæ vero traditur a nemine: eam alterius traditione acquiri dicere non possumus. At enim acquiritur hæc possessio ideo, quia fundus a procuratore traditus est. Etsi hoc fateremur: non tamen ideo efficeretur post domini mortem jus ullum procuratoris manere: diceremus enim acquiri inde possessionem, non quia jus aliquod rei tradendæ procurator haberet, sed solum quia rem tradidisset, etsi nullo jure. Sed longius progredimur, dicimusque, et verum est, nec possessionem fundi ideo acquiri emptori, quia procurator ei fundum tradiderit: nedum acquiratur ideo, quia et possessionem tradiderit. Possessionem acquirit emptor facto suo et sua voluntate, non alieno facto, alienave traditione. Hoc enim ipso, quod fundum ingreditur hoc animo, ut possideat, possessionem acquirit: idque ipsum faceret, etsi nemo illi rem traderet, si modo prius vacua esset possessio: quippe possessio corpore et animo nostro nobis, non alieno facto acquiritur. *L. 3. infr. de acq. poss.* Argumento est prædo: qui vetere possessore dejecto si rem occupet, incipit possidere, quia voluit, nec in eo alienam traditionem desiderat. *L. 1.* §. *interdictum autem, juncto* §. *qui a me, et* §. *vi possidere, infr. unde vi.* Possidet ille quidem injuste, quia vi; sed tamen vere et proprie: quia ad summam possessionis nihil interest, juste quis an injuste possideat. *L. 3.* §. *ex contrario, infr. de acq. poss.* Cur ergo in specie *L. fundi*, exigitur, ut procurator mortuo domino rem tradat, dominum decessisse ignorans, nec invitis heredibus? Non utique ut transferat in emptorem, quod non habet; aut ut vetere potestate utatur quæ finita est: denique non ut emptor possidere incipiat; sed, ut illic significatur, ut incipiat emptor possidere recte: idest, juste et bona fide: quod ita fit, si aut vere voluntate domini possessionem nanciscatur; *L. 5. infr. de acq. poss.* aut justo errore putet se voluntate domini id facere. *L. quod vulgo, infr. pro empt.* Atque id contingit in supe-

superiore specie, cum procurator tradit mortuo domino, quem emptor ignorat decessisse. Quid, si procurator dominum decessisse sciat, et rem tradat emptori ignoranti? Non eo minus possidebit emptor, nactus possessionem animo et corpore, eamque vacuam. *d. L.* 3. *de acq. poss.* Neo minus possidebit juste, quia bona fide, *d. L. quod vulgo*, *pro empt.* Sed ipse procurator hoc casu non recte tradit possessionem, ut dicitur in *d. L. fundi*: quod non eo spectat, ut non transferatur possessio; sed ne habeat adversus heredes mandati actionem, si quid in eam rem impenderit *L. hoc jure*, §. *si quis dederit*, *infr. de don.* Quæ si ita sunt: apparet in *L. fundi*, nihil dici, quo adversus sententiam hujus loci significetur, domino mortuo mandatum non finiri, aut procuratorem etiam tunc pro vetere potestate aliquid posse facere, aut in aliquem posse transferre. Denique utroque in loco omnia consentanea. Non potest procurator mortuo domino pro potestate veteris mandati dominium transferre, ut hic traditur. Non potest nec in specie *L. fundi*, pro vetere mandato domino mortuo transferre possessionem: quia nulla illic res fuit, quam natura posset transferre. Neque illic possessionis ab eo translatæ argumentum est, quod fundo ab eo tradito emptor possessionem acquirit: hanc enim acquirit suo facto, non prucuratoris jure aut potestate, ut ostendimus. At saltem, dicet quispiam, inter utrumque locum hæc dissimilitudo est, quod hoc loco procuratore post mortem domini pecunias credente, ut dominium ab eo non transfertur: sic nec acquiritur accipienti. Contra in *L. fundi*, procuratore post mortem domini juxta vetus mandatum fundum possidendum tradente, etsi non traditur ab eo possessio quam nullam habet, tamen possessio accipienti acquiritur. Est plane his in locis hæc dissimilitudo: sed qua nihil mutatur in eo jure, quo mandatum domini et potestatem procuratoris morte domini finiri dicimus: et omnino ea dissimilitudo, quæ nihil in se habeat repugnans. Quod enim hic dominium tradente procuratore non acquiritur, illic eo tradente acquiritur possessio: discrimen est non in jure et potestate procuratoris, qui mortuo domino ad utrumque transferendum pariter nihil juris habet: sed in conditione rerum istarum quas acquiri volumus: alia enim caussa est possessionis acquirendæ, alia dominii. Possessio, ut dixi, si vacua est, (ut in specie *L. fundi*, acciderat, domino nimirum mortuo, et heredibus possessionem fundi nondum adeptis) acquiritur, ut quisque fundum ingressus hoc animo est, ut velit possidere. *d. L.* 3. *de acq. poss.* Dominium non aliter, quam si dominus transferat, dum aut ipse rem tradit, aut alius voluntate ejus hoc animo, ut res fiat accipientis. §. *per traditionem. Inst. de rer. divis. L. qua ratione*, §. *hæ quoque*, *infr. de acq. rer. dom.* Observandum est autem diligenter hic nos de eo agere, cui nummi a domino dati sint nominatim in hoc, ut eos Titio crederet: quæ verba ad eum pertinent, cui nummi solum traditi sunt, non ut ejus fierent; sed ut procurator esset, et administer in pecunia, quæ domini mansit, ad Titium perferenda et ei credenda: qua in specie recte ut mandatum domini, sic potestatem alienandi morte domini finiri dicimus. Non idem probandum est, si cui nummi a domino vere dati sint, idest, ita dati, ut accipientis fierent, puta dati mutuo. Nam ut maxime hi hac lege dati sint, seu in hoc, ut debitor eos Titio redderet: quamvis debitor eos Titio reddiderit, mortuo creditore; tamen pecunia fiet Titii, sive mortuum scivit, sive ignoravit is qui dabat: scilicet quia pecunia fuit dantis, ut est in *L. hoc jure*, §. *si quis dederit*, *infr. de don.* Suam quisque rem alienare potest suo jure, non alieno mandato. Hoc amplius, etiam mortuo creditore, pecuniam Titio dando, ibidem placet debitorem hoc casu liberari. Quod et ipsum non est huic loco contrarium. Etsi enim dum ille liberari dicitur, declaratur eum veterem potestatem etiam mortuo creditore retinere: non tamen ideo significatur, etiam mortuo domino manere mandatum, et potestatem mandato tributam: propterea quod hæc alii solvendi potestas debitori data est, non creditoris mandato; sed conventione et lege traditioni mutui dicta. Hac conventione obligatio certam conditionem accepit, quam nec vivus creditor, si revocare vellet, immutare potuit. *L. vero*, *infr. de sol.* Multo minus, eo aperte non revocante, mors ejus quæsitum debitori jus adimet.

Restat alterum, quod sibi concedi vult Africanus, et concedi necesse est, si procuratoris exemplo in hac re recte utitur: Stichum nimirum qui calendario præpositus est, etiam in pecuniarum alienatione procuratori similem esse: ut quemadmodum hic mortuo domino pecunias alienare non potest, de quibus Titio dandis nominatim mandatum acceperat: sic hujus exemplo nec possit Stichus quantumvis gene-

a–

12 raliter Calendario præpositus. † Qua parte maxime confirmat Stichum post mortem domini omni ex parte institorem esse desiisse: et quidem multo apertius, quam tum fecit, cum dixit debitores ei post mortem domini solventes, si dominum decessisse scirent, non liberari: nam saltem tunc liberari admittit, cum ignorantes solverunt. Hic autem Stichum negat post mortem domini ullo modo pecunias alienare, sive debitores quibus creditæ sunt, dominum decessisse sciant, sive ignorent. Ita hic omnium apertissime significat veterem Stichi potestatem morte domini in hac specie plane intercidisse. Quamobrem hic præcipue quærendi locus est, quomodo et prius illud de debitoribus Sticho post mortem domini solventibus non liberatis; et hoc posterius de pecuniis ab eo post domini mortem non alienatis, conveniat cum eo, quod de institore traditur in *L. si quis mancipiis*, §. *si impubes*, *et* §. *ejus*, *seq. infr. de inst. act.* Illic scriptum est: si mortuo domino cum institore contractum sit, quamvis ab eo, qui sciat dominum decessisse: tamen in heredem actionem dandam, etiam si heres sit pupillus aut furiosus: partim *propter utilitatem promiscui usus*; partim quia non *sit imputandum ei*, *qui sciens dominium decessisse*, *cum institore mercem exercente contrahat*. Tot enim rationes illic adjiciuntur. Si ex eo, quod cum vetere institore post mortem domini contractum fuit, est institoria: is est institor, cum quo contractum est. Sed si ulla est actio ex ejus contractu adversus heredem, is est institor ex cujus contractu actio est: neque enim heredem obligare posset nisi institor: idest, is in quo vetus potestas mansisset. Quod si verum est: non solum male hic comparatur Stichus cum procuratore, si modo Stichus est institor, ut est; sed etiam quæ Africanus dicit, in contrarium mutantur omnia, ut et debitores Sticho solventes liberentur, quamvis sciant dominum decessisse; et Stichus quamvis dominum decessisse non ignorans, pecunias credendo alienet: horum enim utrumque in vero institore contingeret. Quod si qui cum institore ipso post mortem domini contrahendo, actionem adversus heredem sibi acquirunt: cur non et tunc institori solvendo, liberationem, et ab eo pecunias pro vetere mandato accipiendo, earum dominium sibi acquirant? Et multa in superiore loco Ulpiani occurrunt, quæ prima fronte videantur ostendere dissimilitudinem horum locorum, cum in persona eorum de quibus agitur, tum in factis eorum, nec non in finiendi mandati modo: sed nihil eorum idoneum ad rem expediendam. In persona hæc sunt. Loquitur Ulpianus de institore. Quid ergo, si dicamus Stichum hic non esse institorem, sed magis similem esse procuratori? Non licet: Nam et qui Calendario, idest, pecuniis fœnerandis præpositus est, non minus est institor *L.* 5. *infr. de inst. act.* Rursum loquitur Ulpianus de institore mercem, cui præpositus est, exercente. Quid igitur: si hoc sumamus potius ad hos locos distinguendos? nam hic de eo agitur, qui mercibus præpositus non est, sed Calendario. Sed hoc responso magis locos ipsos inter se opponimus. Nam si institoris Calendario præpositi mandatum finitur domini morte: non potest quin finiatur et ejus, qui mercibus est præpositus. Una est enim in omnibus finiendi mandati caussa, si voluntas domini finita sit. Hæc morte domini esse desinit. *L.* 4. *infr. locut.* nec mors alia est in uno aliquo, quam in cæteris omnibus. Dices pertinere ad summam reipublicæ, ne morte ejus qui præposuit mercibus institorem, finiatur præpositio. Etsi hoc negari potest, et vero negat Ulpianus in *L.* 1. §. *licet*, *infr. de exerc. act.* tamen ut quis concesserit, nihil ad rem pertinet. Non enim institorem publica utilitas facit, sed domini voluntas. De hac igitur quærendum est: hac sublata, non possit esse institor, qui prius fuerat, quantumvis quis dicat publice interesse omnium, ut is mortuo domino merces exerceat. Non potest quidem fieri, quin institore homine industrio publice mercem exercente, ejus negotiationis utilitas ad multos perveniat; sed prius constitutum illum esse oporteat, ut sit institor: quod fit domini voluntate, non quia mercem exerceri expediat aliis. Ita etiam ejus voluntatis cessatio contempta omni aliorum utilitate finem præpositioni afferet. Nam et institorem aperta domini voluntate revocari posse constat, nec quisquam unquam dixit impedire publicam utilitatem, quominus id facere domino liceat. *L. sed si pupillus*, §. 1. *infr.de inst. act.* Quare et morte finita voluntate finietur præpositio, nec publica utilitas institorem retinebit, qui cessante voluntate esse desiit. Et ideo recte fecit Bartolus in responso Ulpiani, quod cum admisisset eum qui merces exercet, post mortem domini ex sententia ejus loci institorem manere, id sic accepit: ut non esset ejus institoris proprium, sed esset omnium commune, generaliterque ad summam ejus loci ita definiret, mandatum institoris non fini-

finiri morte mandantis. Nihil ergo persona institoris, de qua Ulpianus loquitur, facit ad horum locorum conciliationem. Dixeris igitur facta pertinere. Loquitur enim Ulpianus de eo, quod cum institore contractum est, et vult de eo adversus heredes actionem dari. Sed et hoc loco de credito Stichi agitur. Vult tamen Africanus illum post mortem domini pecunias credere non posse, ut alienentur, et hoc modo heredibus vel prosit ad actionem acquirendam, vel ad pecuniæ alienationem noceat. Sed etsi hic ageretur tantum de debitoribus liberandis, non de contrahendo, et hæc dissimilia esse fateremur: nihil tamen ad hæc concilianda proficeret. Hoc enim posito, institoris mandatum morte domini non solvi, vi ipsa hoc dicitur posse institorem post mortem domini non minus credere pecuniam, aut debitores solventes liberare, quam potest ita contrahere, ut heredes obliget. Licet enim vero institori pro potestate hæc omnia facere: quæ tamen Stichum post mortem domini facere posse hic negat Africanus. Modus reliquus est, quod apud Ulpianum dicitur, mandatum non finiri. Nempe non finiri ait domini morte. Quid ergo, si hoc concedamus esse perpetuum in omni institore; negemus tamen huic loco esse contrarium, quia in proposito Stichi potestas non finiatur morte domini, sed Stichi manumissione: idest, non quia dominus mortuus sit, sed quia Stichus manumissus? Et hoc Bartolus plerosque alios secutus accepit. Sed refragatur Africanus. Etsi enim verum est, si Stichus Calendario præpositus, etiam vivo adhuc domino esset manumissus, tamen futurum fuisse, ut ea manumissione solveretur mandatum, nec manumisso solvi posset, nedum is posset pecunias alienare: §. *recte*, *Inst. de mand. L. dispensatorem. infr. de sol.* tamen in specie proposita ubi pariter et dominus Stichi mortuus, et Stichus liber esse jussus erat, sic potestatem Stichi mortuo domino finitam esse Africanus ait: ut appareat eum ideo finitam esse dicere, quia dominus mortuus sit, non quia Stichus manumissus. Ut enim probet Stichum mortuo domino pecunias non alienare, utitur in ea re argumento procuratoris, cui pecuniæ in hoc datæ erant, ut eas Titio crederet: quem ait, si mortuo domino pecunias Titio credat, nummos non facere accipientis: atque hujus exemplo idem in Sticho probandum esse colligit. Si in hac re recte isti comparantur: necesse est in utroque eandem finiendi mandati rationem intelligi, aut certe in Sticho majorem, quæ nihilominus parem includat. At procurator iste, cujus argumento utitur, non ideo mortuo domino pecunias non alienat, quia sit manumissus (de libero enim agitur, in quem nulla cadit manumissio) sed ideo solum quia dominus mortuus erat, et hujus morte solutum mandatum: denique ut loquitur Africanus, quia mortuo domino pecunias credebat. Quare et Stichum pecunias mortuo domino non alienare eadem hac de caussa colligi oportet, quia mortuo domino eas crediderit, et morte domini finitum sit mandatum, non quia ipse manumissus fuerit. Potest quidem et hoc modo colligi: ut quia procuratoris istius potestas morte domini finitur, dicatur multo magis hanc finiri in Sticho, in quem utrumque concurrit, ut præterquam quod ejus dominus mortuus est, sit etiam ipse manumissus. Sed qui hoc dicit, etiam morte domini sola Stichi potestatem finiri significat: quasi diceret utroque modo hanc finiri, sed multo magis utraque, aut multo magis una quam altera. Semper enim ut in summis majoribus: sic in ratione majore includitur minor, quæ par sit cum ea, ex qua comparatio ducitur. Quod si procuratoris mandatum finitur domini morte; institoris autem mandatum nequaquam: recte dicetur Africano, male eum comparare res dissimiles, cum istorum mandata dissimilibus de caussis finiantur. Et quamvis quis concesserit ex aliis partibus juris manumissione dispensatoris mandatum solvi: tamen semper vere dicetur non recte id colligi exemplo procuratoris, cujus mandatum non solvatur manumissione. Hæc eo spectant, ut ostendam, quamdiu statuemus institoris mandatum morte domini non finiri, sive de omni institore id dixerimus, sive de aliqua specie institorum, id cum sententia hujus loci conciliari non posse. Nam et hic de institore agitur: et sententia Africani est, hunc post mortem desinere esse institorem, non quia manumissus sit, sed quia dominus mortuus; ut etsi manumissus servus non esset: mors tamen domini idem in eo efficeret, ut et in procuratore. Nec si id in persona hujus institoris recipitur propter finitam domini morte voluntatem fieri potest, quin in omnibus aliis institoribus ob eandem caussam recipi debeat: ut jam unum hoc relinquatur ad defensionem, ut pariter omnem institorem mortuo domino negemus institorem manere.

Quid ergo, id negare † audeamus repuguante, ut videtur, tam aperte *d. L. si quis mancipiis*, §. *si quis impubes*, *infr.* 13

fr. de inst. act. Ego vero nego, deque institoris potestate, quod necesse sit ad horum locorum explicationem et conciliationem breviter ita statuo: omnem institorem quisquis sit, et cuicunque rei præpositus morte domini desinere esse institorem, nisi heres exstiterit, qui eodem institore utatur. Huic sententiæ non modo contrarium scriptum non esse in *d. §. impubes, et seq.* sed potius inde colligi eum etiam qui mercibus sit præpositus, ne in ea quidem caussa mortuo domino institorem manere. Sed cum mortuo domino institor vere non maneat: tamen quibusdam in negotiis et factis pro institore haberi, ut heredibus factum ejus noceat; certis tamen et justis de caussis, quæ illic significantur: eas caussas ad liberandos debitores, aut pecunias alienandas non pertinere: ita fieri, ut quæ de his negotiis et factis illic dicuntur, nihil eorum huic loco adversetur, sive quæratur de vero institore, sive de eo, quando quis mortuo domino pro institore habeatur. Quæ summatim dicta sigillatim exsequar, ut planius explicentur, et quod satis est, confirmentur. Primum mortuo domino de institoris persona hoc ratum sit, nisi heres eodem institore utatur (quod cum fit, dubitari non debet, quin nova voluntate institor maneat, et heres ex ejus contractu teneatur, L. 5. §. *ult. infr. de inst. act.*) omnem institorem morte domini desinere institorem esse, cuicunque rei et negotiationi sit præpositus: ut nisi quod nominatim ei tribuatur ut institori, non sint rata ea, quæ mortuo domino ut institor gesserit, ut ea heredibus noceant. Quis est enim institor? qui voluntate et mandato aut jussu domini alicui negotiationi præpositus est. §. *eadem, Inst. quod cum eo, L. 4. infr. de inst. act.* Quandiu ergo perseverabit voluntas domini, tandiu manebit institor: voluntate finita, institor esse non potest, qui prius fuerat: utpote ea caussa sublata, qua sola institoris potestas consistebat. Voluntatem autem morte cujusque finiri, et eo modo tolli omnia, quæ data erant ita, quoad is qui dedisset, vellet, ita scriptum est in *L. 4. infr. loc.* ut nihilominus per se certa ratione efficiatur. Sic enim quisque morte esse desinit, ut nec per rerum naturam voluntas mortui possit intelligi. Necesse est igitur, quod officium voluntate domini sustinebatur, id morte domini voluntate exstincta finiri. Nec alia ratione mandatum morte mandantis exstinguitur. §. *recte, Inst. de mand. L. inter, infr. mand.* Hoc ita esse in institore Africanus hoc loco aperte confirmat. Stichum qui hic proponitur, ut Calendario, idest, pecuniis fœnerandis præpositum, jam diximus institorem esse, et constat ex *L. 5. in pr. infr. de inst. act.* Hunc autem mortuo domino desinere esse institorem declarat ex effectis. Negat enim debitores, si sciant dominum decessisse, ei solventes liberari: negat eum pecunias hereditarias credendo alienare: quorum utrumque contra eveniret in vero institore, ut constat eventurum fuisse, si dominus adhuc viveret. Atque hæc eadem contingere vult, non propter mutationem status Stichi, ut Bartolus putat; sed tantum hoc ipso, quod dominus decessit, ut supra docuimus, et liquido probat argumentum procuratoris, quo utitur. Quod de uno genere institorum hic dicitur, pertinet ad omnes. Neque enim constituuntur alii aliter, quam domini voluntate: nec constituti, aliter quam perseverante eadem voluntate consistunt. Dominis autem, qui eos constituerunt, morientibus, ineptum est putare minus finiri eorum voluntatem, quam si eos aliis rebus præposuissent. Finge institorem merci exercendæ præpositum. Non eo minus ut voluntas morte domini finitur, ita et ipse morte domini institor esse desinet: putoque non minus in eo locum habere illa, quæ Sticho pecuniis exercendis præposito evenire hic dicuntur, ut nec debitores si scientes ei post mortem domini solvant, liberantur, nec ipse pecunias post mortem domini alienet: de quo plura paulo post. Cur autem in hoc institore, qui mercibus præpositus est, non debeat nos movere publica utilitas, ut is mortuo domino nihilominus institor maneat, supra ostendi. Non adversatur huic sententiæ *L. si quis mancipiis, §. si impubes, et. §. ejus, seq. infr. de inst. act.* Datur illic ex contractu institoris actio adversus heredes domini, etsi quis mortuo domino et quidem sciens eum decessisse, cum institore contraxerit: sed datur nominatim additis his caussis: *propter utilitatem promiscui usus*, et quia *non sit imputandum ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahat.* Quid valeat horum utrumque, et quam recte dicatur, exponam postea. Nunc quod ad id, de quo agitur, ex his intelligi potest, id sumo: significari nimirum his verbis, dari quidem actionem; sed utilitatis caussa, et quia æquum est. Hæc adjectio abunde declarat, mortuo domino qui institorem præposuit, amplius jure institorem non esse, qui datus fuerat. Nihil enim opus erat utilita-

litatis ratione actionem defendere; ubi jure ipso institor maneret, qui fuisset: multoque minus eo confugiendum fuit, ut diceretur nihil hic imputandum esse contrahenti, si vere institor esset is, cum quo contractum est: satis enim ipso jure tutus esset, qui contraxit, nec alia excusatione eum defendi oporteret. Et ne longius abeamus; debitores Sticho post mortem domini solventes, si ignorent dominum decessisse, dicuntur hic liberari. Neque ideo colligimus Stichum cui solutum est, qui vivo domino institor fuerat, etiamnunc post mortem ejus institorem manere: quia dicuntur liberari debitores utilitatis caussa: quo ipso verbo significatur non liberari eos stricta juris ratione. §. *recte*, *Inst. de mand.* Quod non alia ex re fit, quam quod mandato soluto amplius institor, aut procurator non est is, cui mortuo domino solvitur: ut jam verum sit debitores ei solventes nec creditori solvere, nec alii voluntate ejus. Quare etsi nunc dicitur dari actio ei, qui post mortem domini cum institore contraxit: tamen quia dicitur propter utilitatem dari, et ex æquo, vel hinc maxime colligi potest, eum cum quo contractum est, jam amplius institorem non esse. At enim illic dicitur institor is, cum quo post mortem domini contractum est: *non est*, inquit Ulpianus, *imputandum ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahat*. Sed dicitur eodem modo, quo paulo ante ab eodem in §. *si impubes*, dicuntur patris jam mortui institores, quos certe constat ejus, qui non est, institores esse non posse. Nempe utrobique institores ita, ut intelligantur qui ante fuerunt institores, iidem qui a vivente domino præpositi, postea ab illo revocati non erant. Quod nomen cum illis antea competierit: etiam nunc docendi caussa retinetur, ut intelligatur facilius; qui designentur: ut et alias dicitur insula, quæ ante fuit insula. *L. insula*, *in fin. infr. de acq. rer. dom.* et finita tutela tutor, qui ante fuit tutor, nunc, non est. *L. si tutor post et L. si post*, *seq. infr. de tut. et rat. dist.* At etiam ex eo quod cum institore post mortem domini contractum est, illic dicitur dari actio: ubi institoriam significari intelligimus ex alio ejusdem Ulpiani loco, nempe *L. 5. §. ult. infr. de inst. act.* Quomodo inde institoria, si non est institor, cum quo contrahitur? Et institoria hic dicitur, quia datur ex ejus contractu, qui etsi institor non sit, tamen utilitatis caussa pro instito-
14 re habetur. † Mortuo domino non manere institorem volumus, idque ipso illo loco, qui contrarius putatur, efficitur, ut ostendi; at in specie ejus loci eum qui vere institor non sit, nihilominus pro institore haberi verum est. Sed jam hic nobis occurritur. Quid enim refert, utrum vere quis sit institor, an cum dederis summo jure institorem non esse, tamen utilitatis caussa: idest, effectu pro institore habeatur? Sane vero nihil admodum referret, si ubique post mortem domini pro institore esset, qui prius institor fuerat. Sed qua in re, quibusque in negotiis habeatur ab Ulpiano pro institore, et quamobrem videndum est. Hæc res planum faciet in debitoribus liberandis et pecuniis defuncti alienandis, de quibus nunc agitur, eum pro institore haberi non debere: eoque nec Ulpiani sententiam huic loco ulla ex parte adversari. Quid ergo; mortuo domino tribuitur institori, ut pro institore recte gerat, quod factum heredibus noceat. In summa, ut contrahendo se obliget, atque hinc una obliget etiam defuncti heredes: neque id tamen ex omni negotio, cui sit præpositus; sed ex eo solum, ex quo sint mutuæ obligationes: ut quemadmodum ipse eo contractu obligatur alteri, sic et eum vicissim sibi obliget, aut ex ea caussa prius ab eo quid accipiat, atque ita efficiatur hæc caussa, cur heredes teneantur ex contractu institoris, quia institor prius ex eo contractu quid acquirat, quod ad heredes redeat, et prosit heredibus: nec sit in eo quod et qui cum institore quamvis sciens contrahat, possit imputari. De contractu institoris, quo heredes obligentur, aperte verba concepta sunt. Ait enim Ulpianus, si cum institore contractum sit: in heredem dari actionem. Nec dubium est, quin ipse institor prius eo contractu ex sua persona teneatur: ut et ex contractu suo tenetur magister, etsi ex eo contractu proposita est edicto actio exercitoria in exercitorem. *L. 1. §. est autem. L. 5. §. pen. infr. de exer. act.* De genere negotii, in quo heredes ex contractu institoris teneri velit, significat, cum ait, actionem dari *propter utilitatem promiscui usus*. His enim verbis declarat huic actioni solum locum esse in iis caussis, in quibus usus est promiscuus. Usum non rerum, sed institoris intelligere debemus.
† Est autem in contractu promiscuus usus 15
institoris, cum in eo contractu promiscue, idest, pariter, mutuo, ac veluti permixtim (id enim promiscui verbum significat) utuntur institore ii, qui eo contractu obligantur et obligant: idest, tam contrahentes

tes qui sibi inde heredes obligatos habent, quam heredes ipsi, qui his obligantur. Quod in his contractibus solum contingit, in quibus mutuæ sunt obligationes ut emptionibus, venditionibus, locationibus. Itaque si proponas institorem præpositum mercibus emendis, et mortuo domino emat; si mercibus vendendis, et mortuo domino vendat; si redemptionibus exercendis, et mortuo domino opus faciendum redimat: in his omnibus ex supra scriptis verbis actio in heredem dabitur. Atque hoc apertius expressit Ulpianus in §. *ejus*, *seq.* cum hanc actionem dat nominatim in persona institoris mercem exercentis. Jam cur in his potius negotiis quam in cæteris placeat mortuo domino ex contractu institoris teneri defuncti heredes, caussæ ab Ulpiano redditæ spectentur. Hæ duæ sunt. Prior hæc: In heredem, inquit, actio dabitur *propter utilitatem promiscui usus.* Promiscuum usum intelligit, quem dixi. Utilitatem autem accipere debemus non publicam, quæ versetur in commerciis; sed privatam, quæ percipitur ab his qui in contractu utuntur opera institoris, idest, et qui cum eo contrahunt; et heredes ad quos hujus quoque contractus redit utilitas (nam ad hos quoque præcipue utilitas redit, ut quorum negotium geratur ab institore: quo nomine non minus et illi adversus eum habeant negotiorum gestorum actionem, quam dominus, si viveret, *L.* 1. *infr. de Inst. act.*) Atque hoc sentit Ulpianus: cum in hoc contractu sic institoris opera promiscue utatur heres, ut simul ejus usus utilitas ad eum quoque pertineat: æquum esse, ut et ipse ex eodem contractu teneatur. In quo aliis verbis intelligitur expressisse id, quod traditur regula juris, *ex qua persona quis lucrum capit, ejus et factum eum præstare debere. L.* ex qua persona, *infr. de reg. jur.* Idque ipsum est, quod de ratione actionis institoriæ etiam ex contractu veri institoris adversus dominum introducendæ idem Ulpianus scripsit in *L.* 1. *infr. de inst. act.* æquum prætori visum esse, sicut commoda sentimus ex contractu institorum, ita etiam obligari nos ex contractu ipsorum, et conveniri. Altera ratio addita est in §. *ejus* seq. *non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahat.* Quæ ratio huc spectat. Diceret enim aliquis non esse mirum, si contractu cum vero institore interposito obligetur dominus institoria: quia tunc nihil est, quod imputari possit ei, qui voluntate domini contrahat. Idem etiam recipi potest in eo, qui mortuo domino contrahat cum institore, ignorans dominum decessisse. *L.* 5. §. *ult. infr. de inst. act.* At non idem videtur dici posse in eo, qui dominum decessisse non ignorans contrahat: imputet enim sibi, qui sciens cum illo qui institor non erat, contraxerit: quandoquidem non fraudantur, qui sciunt: nec certiorari debuit, qui non ignoravit. *L. nemo videtur, infr. de reg. jur. L.* 1. *in fin. infr. de act. em.* Ne quis igitur ea objectione moveretur, addidit Ulpianus hanc non tam rationem, quam occupationem, ut diceret non esse imputandum ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore mercem exercente contrahat. Ubi de merce dixit potius, quam de alia re, cui institor sit præpositus, ut significaret illam utilitatem promiscui usus, de qua prius locutus erat, quæ est in mercibus vendendis emendisve, pertinetque ut ad contrahentem, sic et promiscue ad heredes: ita tamen ut dum in contractu sit promiscua obligatio, et hinc promiscua utilitas contrahentis et heredum, nihil referat. Sed cur non est imputandum ei, qui cum institore mercem exercente licet sciens contrahat? Primum, quia unusquisque cogitur contrahere, urgente rei familiaris necessitate, vel ut sibi ab his, qui publice vendunt, comparet; vel ut his, qui publice emunt, recte et facile vendat. Deinde quia ei vitio verti non debet, si eum, qui publice in negotiatione exercenda manebat, cui erat præpositus, putavit id facere voluntate heredum, et eorum ad quos ea res pertinebat. Hoc quidem in rem heredum esse constat, quod institor mercem exercet. Et quia in rem: credibile est heredes hoc animo esse, ut velint uti eodem institore, et si de eo consulantur, non modo illos eum institorem passuros, sed etiam ultro expetituros fuisse: præsertim cum hoc accedat, ut cum possint, eum non removeant. Nam si nolebant eo uti, removere debuerunt. Quod de heredibus dico, hoc et de heredum pupillorum tutoribus, aut de furiosorum curatoribus intelligendum est: estque in illis hæc ratio reddita ab eodem Ulpiano in *L. sed si pupillus, in pr. infr. de inst.* Et vero institorem removere statim heredes, eorumve tutores aut curatores possunt vel ante aditam hereditatem, si dent operam, ut dum deliberant, interdicatur institori a magistratu. Si non inquisiit diligentius qui contrahebat, ne hoc quidem illius culpæ imputandum est. Non enim debuit in re aliena esse curiosus. *L. doli, in fin. infr. de novat.* His de

de sententia Ulpiani in *d. L. si quis mancipiis*, §. *si impubes*, *et seq.* cognitis, licet jam intelligere, conveniatne ejus sententiæ putare, institorem, ut vivo domino potuit pro potestate, sic et eo mortuo posse debitores liberare pecunias ab his accipiendo, vel eas credendo alienare. Tantum vero abest, ut ei sententiæ consequens sit: ut his, quæ diximus, liquido efficiatur, in his posterioribus nequaquam idem probandum esse; atque adeo repugnare omnino Ulpiani sententiam, ne idem admittatur non tantum in Sticho, qui pecuniis fœnerandis hoc loco præpositus est, sed etiam in eo ipso institore, qui mercibus sit præpositus, de quo ille agit: ne quis forte horum locorum dissimilitudinem in persona institorum, non in eorum factis versari existimet. Nam si recte attendimus, superiorum hæc summa est, quam et ante judicavi: institorem post mortem domini in ea re cui præpositus est, posse hoc modo nocere heredibus, ut contrahendo eos obliget: sed ita, ut in eo Ulpianus duo in summa exigat. Primum, ut quod facit institor, ex quo obligatio nascitur, ejusmodi sit, quod per se consistat ex persona institoris, quodque ille suo jure facere potuerit, etiam si de heredibus obligandis non ageretur. Alterum, ut caussa sit, cur in hoc contractu factum institoris heredibus noceat. Eaque ab illo statuitur duplex. Una, si ex eo quoque contractu vicissim alter obligetur institori, aut ex ea caussa prius institor quid accipiat, quod acquirat heredibus, quo efficiatur utilitas illa promiscui usus, quæ ab illo nominatur. Altera est, ne sit: quod cum institore contrahendi imputetur: quod fit, dum is qui contrahit necessitate aliqua ei familiaris adigitur ad contrahendum: nec quidquam illi proponitur, cur non volentibus heredibus institor publice mercem exerceat. Videamus, quid horum dici possit in iis, de quibus hic agitur. Ac primum quid in debitoribus qui scientes solvunt, ab institore liberandis, quando de his prius agitur. Et non modo in his nihil eorum est, quæ supra scripta sunt, sed sunt etiam omnia contraria. Ut institor post mortem domini pecuniam a debitoribus accipiendo eos liberet, nihil est in eo, quod suo proprio jure possit facere, ut id ex ipsius persona per se consistat, quo facto deinde heredibus noceat. Obligatio enim aliena est, et solus jure suo potest liberare, qui est creditor. Tum autem in ea solutione non versatur utilitas promiscua solventium, et heredum, sed solum debitorum: si quidem eos ista solutione liberari poneremus. Nam hi liberantur: at hoc facto heredes actionem et obligationem amittunt. Postremo in promptu est, quod his objiciatur, si cum scirent dominum decessisse, institori solvant. Nam quæ necessitas cogit eos id facere: Nulla omnino neque juris, neque rei familiaris. Non juris: cum institor mandato morte domini soluto nullam actionem ad pecuniam exigendam habeat. *L. naturalis*, §. *ult. infr. de præs. ver. L. si pupilli*, §. *ult. supr. de neg. gest.* Non rei familiaris: cum si usurarium debitum non fuit, utilius fuerit debitoribus pecunias apud se retinere, quibus interim uterentur; sin pecunia fuit fœnebris, et debitores usuris liberari vellent, potuerint tuto solvere heredibus quibus debebant, quod prius obligatione per servum quæsita defuncto debuerant: aut si neminem haberent, qui solverent, potuerint apud magistratum pecunias obsignare, et deponere, ubi ille jusserit: qua ex re ut obligatione, sic omni periculo debitores esent liberati. *L. acceptam*, *C. de usuris.* Quæ si ita sunt: non potest in dissimilibus atque adeo contrariis caussis, quin aliud statui debeat. Nocetur quidem pariter heredibus ab institore, sive is contrahendo heredes obliget, sive pecuniam accipiendo, debitores hereditarios liberet; sed ut heres contrahendo obliget, certis de caussis, quas diximus, constitutum est. Hæ cum cessent in debitorum solutione, sive faciendi jus, sive utilitatem facti, sive solvendi necessitatem spectes: non mirum, si scientes debitores, mortuo domino, institori solventes, ea solutione heredibus non nocere dicimus. Neque id magis statuitur hoc loco, quam efficitur Ulpiani illa sententia, quæ est de contractu institorum: cum ut in pari ratione jus idem: *L illud*, *supr. ad leg. Aqui.* sic rationibus iis, quas ponit, cessantibus et contrariis inductis, diversum statui oporteat. *L. quod dictum*, *supr. de pact.* Itaque quamvis proponas Stichum hunc, de quo agitur, mercibus exercendis a domino fuisse præpositum, et vivo domino multa nomina contraxisse: tamen si post mortem domini ei solvant debitores, cum scirent dominum esse mortuum: dicemus non magis eos liberari, quam liberantur hi, qui cum Sticho pecuniis fœnerandis præposito, dum dominus viveret contraxerunt; deinde mortuo domino scientes institori solverunt, de quibus hic responsum est: scilicet quia in horum omnium solutione cessant eæ ratio-

tiones, quibus fit, ut qui cum institore post mortem domini contrahunt, heredes domini obligent. De pecuniarum a Sticho post mortem domini creditarum alienatione major dubitatio est. Quid enim, an non cum Stichus Calendario præpositus est, in pecuniis fœnerandis versatur utilitas promiscui usus, quæ pariter et ad debitores, et ad heredes pertineat? Omnino vero hic quoque versatur. Nam et debitores pecuniam mutuam accipiunt, quæ ipsis prosit, et vicissim usuram pendunt, quæ ad heredes redeat. Neque vero est, cur magis imputetur debitoribus, quod pecunias ab institore Calendarium exercente mutuas accipiant, quam mercium emptoribus, quod ab institore mercem exercente merces emant: cum debitores sæpe multo magis pecunia ad res necessarias indigeant. Cur non ergo institor pecuniæ exercendæ præpositus pecunias domini post mortem ejus publice exercendo, easque credendo æque heredibus noceat, ut pecunias alienet, quo facto et usuras heredibus acquirat? Nempe quia in pecuniis exercendis omnia alia concurrunt, cur eas exercendo videatur institor non minus nocere posse heredibus, quam is qui mercem exercet. Unum deest, in quo maxime potestas nocendi spectatur: quia prius est, ut institor suo jure quid faciat, quam ut inde fiat conditio heredum deterior. Neque enim si quid suo jure ab initio in rem heredum faciendo, ex eo per consequentiam illorum conditionem deteriorem facere potest: ideo hoc in contrarium valet, ut possit nullo jure deteriorem conditionem heredum ab initio facere, ut deinde ex eo aliquid acquirat heredibus. Mortuo domino potest institor eandem negotiationem cui præpositus erat, exercens contrahere cum aliis consensu: quia hic consensus natura est in institore. Et si quid erit in eo, quod institorem obliget, consequens erit, ut id quoque heredibus noceat, si prius ex eo contractu heredes lucrum faciunt. At non item potest institor mortuo domino pecuniam suo jure alienare, rem nimirum non suam, et quæ heredum esse cœperit: a quibus invitis dominium recedere non potuit *L. si ego*, §. 1. *infr. de jur. dot. L. id quod nostrum*, *infr. de reg. jur.* Quapropter etsi ea alienatione futurum sit, ut mutuo contracto, inde usuras dominis pariat: tamen non eo magis alienabit: quia initium ex persona et facto institoris non constitit. Ex quibus apparet, quod supra attigi, non personas institorum, aut species negotiationis, sed in his negotiationibus facta institorum esse distinguenda. Hæc in summa sunt tria: quæ quidem domino noceant. Aut enim contrahunt, et se ac dominum obligant; aut pecunias exigunt, vel accipiunt ad debitorum liberationem; aut res vel pecunias domini alienant. Primum facere potest institor, quamvis mortuo domino, si erit ad contrahendum præpositus, et in eo contractu versabitur utilitas promiscui usus. Duo posteriora mortuo domino non potest, quantumvis ea sit præpositio, ut vivo domino utrumque facere potuerit: Vel quia in quibusdam ex his factis non est promiscua utilitas heredum, et eorum, cum quibus res geratur; vel quia est, quod objiciatur gerentibus, si quid eorum, scientes dominum mortuum, cum institore gerant; vel si nihil aliud, certe quia illa institor suo jure a principio facere non potuerit, ut per se consisterent. Quid ergo? institor post mortem domini mercem exercens, si mercem vendiderit, et tradiderit, dominium ejus non transferet? Non puto magis eum transferre, quam potest pecunias alienare is, qui Calendario erat præpositus, etsi merx olim defuncti fuerit: hæc enim mortuo domino cœpit esse heredum a quibus invitis, ut dixi, non possit recedere dominium. Sed tamen si a se venditam institor tradiderit: consequetur emptor adversus heredes ope exceptionis, ut rata sit venditio. Nam etsi merx tradita non esset: ultro tamen haberet actionem emptor adversus heredes, ut eam traderent: effectum est enim, in eos ex eo contractu actionem dari. *d. L. si quis mancipiis*, §. *si impubes*, *de inst.* Quare si ei tradita erit, multo magis adversus vindicantem habebit exceptionem. *L. vindicantem*, *infr. de evict. L. invitus*, §. 1. *infr. de reg. jur.* Si is qui pecunias post mortem domini creditas ab institore accepit, ejusmodi aliquam obligationem acquireret adversus heredes de pecuniæ dominio in se transferendo haberet et ipse ad pecuniæ creditæ retentionem exceptionem. Nunc autem debitor pecunia mutua accepta, obligatur, non etiam creditorem sibi obligat. Ideo nec exceptionem ullam habet ad pecuniam retinendam adversus heredes, qui cum eo nihil gesserunt; nec illi tenentur. Exposui, quid sentirem de potestate ut procuratoris, sic institoris, quæ esset mortuo domino, accommodate quidem ad sententiam; *L. si quis mancipiis*; §. *si impubes*, *et* §. *seq. infr. de inst.* sed tamen quod necesse esset ad explicationem hujus responsi. Ex quo intellectum est, utrumque verum esse, quod Afri-

Africanus hic sumit: nimirum et in procuratore, cui negotium datum est alicujus rei transferendæ, mandatum morte domini finiri, ut eo mortuo jam amplius res a procuratore vel sciente vel ignorante transferri non possit: et huic procuratori similem esse in proposito institorem Stichum: ut quamvis a domino manumissus non esset, tamen sola domini morte finiatur ejus præpositio: solutaque omni vetere potestate non possit debitores liberare; multoque minus pecunias alienare pro parte coheredum. Ex quibus efficitur id, quod de pecuniis probandum susceperat, has videlicet non esse creditas: de quo subjicit.

Quare si nulla stipulatio intervenisset) Recte colligit, si pro parte coheredum pecunia alienata non est, pro eorum parte *creditam peti non posse.* Nam ut pecunia fiat credita: idest, ut sentit, mutua, dantem dominum esse oportet, et pecuniam fieri accipientis. *L. 2. §. appellata, et §. ult. supr. eod.* Si pecunia credita non est, perspicuum est, ut creditam peti non posse. Hinc etiam consequens est, quod addit, *nec pignora teneri.* Obligatione enim sublata, pro qua pignus obligetur, pignus intelligi non potest: cum pignus nihil aliud sit, quam res pro debito obligata. *§. item Serviana, Inst. de act. L. res hypothecæ, infr. de pig.* Atque hoc de pecunia credita generaliter dixit Africanus, hanc pro parte coheredum peti non posse. Num ergo generaliter id et sine exceptione dictum accipiemus (Quid enim, si pecunia postea bona fide consumpta sit? quid si coheredes re cognita pecuniam adhuc exstantem velint debitoribus pro sua parte esse creditam? an ne sic quidem pro eorum parte ut credita peti poterit? Ego vero utroque casu peti posse arbitror, neque sententiam Africani refragari. Observandum est enim, quod dicit, pecuniam pro parte coheredum non posse peti, hoc illum dicere ex hypothesi, et ex eo colligere, quod pecunia credita non esset alienata. Fingamus alienari, et ad debitores pervenire. Quæ ratio prius adversus coheredes fuerat, hæc in contrarium mutata dabit scilicet aut Sticho, aut coheredibus condictionem. Ut autem pecunia alienetur, aut pro alienata habeatur, superioribus duobus modis contingit. † Fa-
16 ciamus ergo pecuniam a debitoribus bona fide esse consumptam. Si id eo tempore accidit, quo Stichus status sui adhuc ignarus hereditati aut coheredibus acquirere potuit (ut eum posse infra scriptum est) non dubito, quin ea consumptione nascatur condictio, quæ per Stichum hereditati, aut coheredibus acquiratur. Constat, si quis pecuniam alienam mutuam det vel suo nomine, vel simpliciter, nummis consumptis, quasi conciliato mutuo, nasci condictionem. *L. rogasti, §. ult. L. nam etsi, supr. eod. L. si quis pro eo, §. si nummos, infr. de fid.* Cur non ergo et in proposito nummis consumptis condictio ex numeratione nascatur? nasceretur enim sine dubio, si Stichus pecuniam initio alienasset. Consumptione autem factum est, ut pecunia videretur facto Stichi ad eos, qui acceperant, pervenisse: idest, ab eo in hos translata esse. *L. non omnis, §. 1. supr. eod.* Non me movet, quod Stichus cum pecuniam dabat, non fuit hoc animo, ut suo nomine daret: cum putaret se adhuc servum esse, et opinione sua rem domini sui ageret. Nam nec tunc, cum stipulatur eam pecuniam sibi reddi, suo nomine stipulatur, aut eo animo est, ut sibi acquirat, vel heredibus domini, quem adhuc vivere existimat. Et tamen nihilominus stipulationem vel hereditati acquirit, vel coheredibus, ut Africanus paulo post respondet. Quare et pecunia, quam crediderat, consumpta, condictionem ex ea numeratione similiter acquiret: quamvis ab initio non fuerit hac mente, ut eam suo nomine crederet. Neque, cum hoc casu dicemus pecuniam pro parte coheredum ut creditam peti posse, quidquam adversus ejus sententiam faciemus. Negat enim ut creditam posse peti, rebus integris, et in eodem statu adhuc manentibus: idest, quandiu pecunia alienata non erit. Porro pro alienata haberi incipit consumptione, et quidem ita, ut non minus placeat consumptis nummis condictionem nasci, quam alienatis. Quid, si pecunia consumpta sit tunc, cum jam Stichus actionem coheredibus acquirere non posset: puta, cum aut ille jam de suo statu certior factus esset, aut coheredes scissent illum sibi coheredem datum? Dicendum est nihilominus condictionem nasci: sed quam ille coheredibus acquirere non potest, ipsum acquirere sibi. *L. qui bona, §. Generaliter, L. homo liber, §. ult. infr. de acq. rer. dom.* Quo casu Sticho condici potest, quod ex ea caussa consecutus fuerat. *L. pen. infr. de stip. ser.* aut rebus integris cum eo agi, ut actionem cedat. *L. quod debetur, infr. de pecul.* Hæc de pecunia consumpta.

Quid si † exstabit; coheredes autem creditum ratum habeant? Si quidem hoc di- 17
cunt velle se, ut pecunia apud debitores qui

qui eam acceperunt, pro sua parte maneat credita, et hoc debitoribus placet: dubitari non debet, quin pecunia fiat illis credita, et ut credita pro parte coheredum peti possit. Nihil enim hic deest ad novam obligationem mutui. Consentiunt inter se creditores et debitores, ut pecunia mutua fiat. Pecunia quæ coheredum fuerat, hoc consensu fit debitorum. Hæc ad mutuum contrahendum satis. *L.* 2. §. *appellata, et* §. *ult. supr. eod.* Nihil ad rem pertinet, quod coheredes eam pecuniam non tradiderunt. Cum enim esset pecunia apud debitores: sola dominorum voluntas satis fuit ad dominium transferendum. *L. quia ratione*, §. *interdum, infr. de acq. rer. dom.* eoque et ad mutuum contrahendum *L. certi* §. *ult. supr. eod.* Nec obstabit hoc casu coheredibus, quod Africanus simpliciter hic ait, pecuniam a Sticho creditam, pro parte coheredum peti non posse. Sane enim ut a Sticho credita, et nec alienata peti non potest: de qua pecunia ille loquitur. At in hac specie petunt coheredes non ex contractu Stichi, sed suo: non pecuniam adhuc alienam, sed dominorum consensu in debitores translatam. Ex quo esse illis condictionem necesse est. Dixerit aliquis, si hoc recipimus, eventurum, ut nunquam non peti possit pecunia pro parte coheredum: quod tamen Africanus negat. Semper enim facile erit coheredibus dicere, se ideo de credita ea pecunia agere, quia ratum habeant, quod actum sit a Sticho, et velint pecuniam esse creditam. Sed non si novo consensu coheredum pecunia credita fieri potest, et peti ab illis ut credita ideo semper pro ipsorum parte peti potest, contra quam Africanus dicit. Quid enim si eam ut a Sticho creditam petant? non ideo eam a se creditam facere volunt. Demus velle: non tamen statim erit credita, nisi et debitores in hoc consentiant ut tanquam ab illo mutuam habeant. Non contrahitur enim mutuum inter aliquos sine consensu. *L. si et me, supr. eod.* Sed cur heredes ratum habere non possunt, quod Stichus mutuum dedit: ut quasi ipsi dedissent, ita mutuum jam a principio valeat, ut est potestas ratihabitionis? *L. ult. C. ad Maced.* Quia quod nostro nomine gestum non est, id ratum habere non possumus. *L. si pupilli*, §. *sed si ego, sup. de neg. gest. L.* 2. *supr. de cal. L. si servus, infr. de prec.* Nihil autem in hoc mutuo gestum est nomine heredum, sed solum nomine defuncti, quem vivere, et cujus
18 negotium se gerere Stichus putabat. † At enim quod mortuo domino cum procuratore ejus gestum est, id heredes æque ac defunctus ratum habere possunt, ut traditum est in *L. si sine*, §. *cum autem, vers. Julianus, infr. rem rat. hab.* Hoc ita est, si id gestum sit nomine defuncti, quod et ille si viveret, ratum habere potuit, et debuit ex sententia contrahentium: de qua specie illic agitur. Sic enim quod defunctus potuit, et heredes qui eadem persona existimantur, ex persona ejus recte facient, ut non minus ratihabitio his prosit, qui eam desiderabant. At in proposito creditum Stichi ejusmodi est, quod dominus si viveret, non potuerit ratum habere. Illo enim vivo, si quid Stichus credidisset, statim mutuum esset contractum: et in eo quod voluntate domini statim valet, inutilis sit ratihabitio. *L. si procurator.* 6. 1. *res. infr. de cond. ind.* Item si quid mortuo domino crediderit: neque ex persona domini heredes ratum habere possunt, quod defunctus, si viveret, non potuit: neque ex persona sua, quod eorum nomine gestum non fuit. Sed et inter eam speciem de qua agimus, et speciem *d. L. si sine*, §. *cum procuratorem, vers. Julianus, rem rat. hab.* hoc interest, quod illic placet heredes ratum habere posse, quod procuratori defuncti solutum est, ut debitores liberentur; hic autem id agitur, ut si quid heredes ratum habere possunt, id ratum habeant, quod cum Sticho contractum est, ut debitores heredibus obligentur: quorum ratio valde est dissimilis. Nam heredes sola ratihabitione et voluntate sua liberationem constituere possunt: quia unusquisque solutionem ab alio accipiendo, debitorem ignorantem et invitum liberat. *L. solutionem*, 23. *infr. de sol.* At non item ratihabitione possunt sibi alios constituere debitores, cum quibus nihil contraxerunt: quia debitores non fiunt inviti, sed ita, si cum aliquo sponte contraxerint. *L. sicut, C. de obl. et act.* Nihil igitur hic proponitur, cur nummis a Sticho creditis exstantibus, possit pecunia pro parte coheredum peti, nisi novum mutuum ex eorum et debitorum consensu intervenerit. Sane nullo novo contractu mutui interposito, non eo minus pecuniam suam consequi possunt coheredes: possunt enim nummi vindicari. *L. rogasti*, §. *ult. sup. eod.* Quod ad pignora attinet: si pecunia ex contractu Stichi petetur, quod fit, cum petitur consumpta, etiam pignora eo nomine pro parte coheredum tenebuntur: sunt enim obligata in eam caussam. *L. si quis pro eo*, §. *si nummos, infr. de fid.* Sin petetur pecunia ex novo mutuo, quod con-

conventione coheredum secutum est: pignora in eam caussam non tenebuntur, utpote in eam caussam non obligata. Cum pignus conventione contrahatur: in jus pignoris venire non debet, qui ipse non convenit de pignore: nisi id ex persona alterius habeat. *L. Aristo*, *infr. quæ res pig. oblig. non poss.*

Quod si stipulatus quoque esset) Ex numeratione sola pecuniæ, pecunia tanquam mutua peti non potest, si non est facta accipientis: de qua specie huc usque dictum est. At si qui numeravit, idem etiam eam reddi stipuletur, facit stipulatio, ut esse possit actio, quamvis de pecunia aliena. *L. 2. C. si cert. pet.* quippe ex stipulatione jure civili actio nascitur. §. *de constituta*, *Inst. de act.* Merito igitur hic Africanus numerantem, qui pecuniam stipulatur, ab eo qui stipulatus non est, distinguit, cum de actione coheredibus inde acquirenda quæritur. Qua in parte summa responsi hæc est: Si stipulatio Stichi utilis est (potest enim Stichus stipulari inutiliter: quod sit, si nominatim Titio domino suo stipuletur) posse actionem ex ea stipulatione coheredibus utroque tempore acquiri, et cum Stichus stipulatus est, nondum quæsita coheredibus hereditate, et post quæsitam ab his hereditatem. Sed dissimiliter. Nam priore tempore semper acquiri; posteriore, non item. Priore casu semper actionem acquiri coheredibus Africanus significat, cum ait per id tempus Stichum status sui ignarum acquirere hereditati. Sic enim evenire necesse est, ut per hoc etiam coheredi postea facto acquiratur. *Inst. de stip. ser. in pr.* Hereditate autem jam coheredibus quæsita, si Stichus stipuletur, vult etiam illum his acquirere: sed hac conditione, si coheredes Stichum sibi coheredem datum esse ignorent. Nam si sciant: malæ fidei possessores esse, quibus secundum regulas juris per liberos homines acquiri nihil potest. Ignorantibus vero ita per Stichum acquiri, ut et ipsi si ejusdem conditionis coheredes sint, invicem Sticho bona fide servire videantur, eique acquirant. Quod ait de stipulatione utili, et inutili; quod ait item Stichum acquirere hereditati, aut heredibus se heredes esse ignorantibus, quorum nemo neque Stichum possideat, neque adeo animum ejus possidendi habeat; quod adjicit etiam in extremo, coheredes qui ejusdem conditionis sint, simul invicem sibi servire, quasi qui Stichum possideant: hi ab ipso Sticho possesso possideantur: hæc sunt, quæ in hac sententia dubitationem habent: de quibus ad ipsa verba Africani commodius dicemus.

Procul dubio inutiliter esse stipulatum) Hoc eo pertinet, ut intelligamus hoc casu actionem ex hac stipulatione coheredibus acquiri non posse: de quo quærebatur. Palam est enim ex stipulatione inutili acquiri nihil posse, neque stipulanti, neque aliis. † Inutilem autem 19
esse ait hanc stipulationem, qua Stichus *nominatim Titio domino suo mortuo jam dari* stipulatur: propterea quod est impossibilis. Mortuo enim per rerum naturam dari non potest. Impossibilium autem nulla obligatio est. *L. impossibilium*, *infr. de reg. jur.* Et quidem impossibilem esse hanc inter omnes convenit, eoque et inutilem, qua quis Stichum, qui jam mortuus erat, dari stipulatur. *L. si homo*, *infr. de verb. oblig.* Porro non magis mortuo dari potest, quam mortuus dari. Quod ait, *Titio domino suo mortuo jam*, sic accipi debet: quasi dixisset, domino suo, qui jam mortuus erat: ut sint hæc verba non stipulationis, sed Africani declarantis se loqui de domino, qui jam esset mortuus. Nam etsi quis simpliciter stipuletur nominatim Titio dari, si Titius mortuus est: æque stipulatio est inutilis. *L. si servus communis*, §. *servus capto*, *infr. de stip. ser.* Quippe æque verum est, stipulantem mortuo dari stipulatum, nec magis huic Titio per rerum naturam dari posse, quam si de mortuo expressum esset. Et in hujusmodi stipulationibus non conceptio stipulationis, sed præstatio impossibilis inutilem facit stipulationem. Denique sic hic dixit Africanus, *Titio domino mortuo jam*, ut Inst. *de inut. stip. in pr.* dicitur stipulatio esse inutilis, cum quis stipulatus fuerit rem quæ in rerum natura non est, et adjicitur: *veluti Stichum*, *qui mortuus sit*, *quem vivere credebat*: ubi stipulatorem de mortuo nihil addidisse in stipulatione pespicuum est, cum eum vivere crederet.

Quod si sibi dari stipulatus esset) Cum dicit hereditati acquiri, si Stichus sibi dari stipulatus esset, prius hoc statuit Stichum sibi dari utiliter stipulatum esse: ex inutili enim stipulatione nihil acquiretur. Cur ergo hæc potius utilis stipulatio, quam, cum Titio domino suo stipulatur: cum sibi stipulando vi ipsa domino stipulari intelligatur? *L. 1. in pr. et §. quod servus*, *infr. de stip. ser. in pr.* Nam alioqui nisi ex persona domini stipulatio non valeret. *Inst. de stip. ser. in pr.* Et multum interest, utrum servus infinite stipuletur domino suo, an nomina-

minatim Titio domino, cum Titius jam decessisset. Cum infinite stipulatur domino: semper est aliquis, ex cujus persona stipulatio consistat. Semper enim servus aliquem dominum habet: si non eum, qui mortuus est, at heredem: si non heredem, at hereditatem: hæc enim pro domino habetur. *L. non eo minus*, §. 1. *infr. de her. inst. L. hereditas in multis*, *infr. de acq. rer. dom.* At cum stipulatur nominatim Titio domino, qui mortuus est, non reperitur persona, in qua consistat stipulatio: si quidem mortuo acquiri non potest; aliis potest: sed his Stichus non est stipulatus. Qui uni alicui nominatim stipulatur, soli ei acquirit, si potest; si non potest, nihil agitur: veluti si servus nominatim alii stipuletur, quam domino. Nam nec extraneo acquirit, quia jus prohibet; nec domino, quia non vult. *L. proinde*, §. 1. *L. si ex re*, §. *sicuti. L. servus alienus*, *infr. de stip. ser.* De eo qui sibi dari stipulatur, exempli caussa dictum est. Cæterum etsi impersonaliter Stichus stipulatus fuerit, non minus stipulatio valebit. Perinde est enim, quasi sibi stipulatus esset, aut etiam indefinite domino. *L. 1. in pr. L. sive*, *infr. de stip. ser.* §. 1. *Inst. eod.*

Dicendum hereditati eum acquisisse) Hereditatis verbo hic accipere debemus, non totam hereditatem quæ defuncti fuit, quasi et pro parte Stichi hereditaria hereditati acquiratur; sed eas partes, quæ Sticho jam herede facto solæ hereditatis nomen proprie retinent. Eæ sunt autem reliquorum coheredum partes, quæ ab his aditæ non sunt. Nam de non adita hereditate Africanus hic loquitur, ut adversativa sequens indicat: *post aditam vero hereditatem.* Itaque est hic sensus: Si Stichus sibi stipulatus sit, eum acquirere his partibus hereditatis, ex quibus alii heredes instituti sunt, quæ ab illis nondum sunt aditæ. Quod non eo dicimus, quia Stichus cum sibi stipulatur, non acquirat pro sua quoque parte, aut quod hereditas ἀναφορικῶς non sæpe dicatur, quæ adita est; sed quia quod Stichus pro sua parte acquirit, non possit dici acquirere hereditati; etsi maxime quis concedat pro ea quoque parte nomen hereditatis manere. Heres enim factus cœpit et pecuniæ hereditariæ dominus esse pro portione hereditaria: ut quod de ea pecunia sibi stipulatur, palam sit, eum pro hereditaria parte ex re sua stipulari. Porro quod liber homo ex re sua acquirit, id alii non acquirit, sed sibi, *L. acquiruntur*, §. *ult. L. liber*, *infr. de acq. her.* Non ergo hereditati. Neque enim acquirit duobus, sed uni. Nisi quis dicat hereditatem sustinere personam heredis: quod non placuit. *L. hereditas enim*, *infr. de acq. rer. dom.* Cur ergo simpliciter dixit Africanus, Stichum acquirere hereditati, quod stipulatur: cum intelligeret acquirere eum iis partibus hereditatis, quæ nondum aditæ sunt; atque id non expressit? Fecit id ex verbi propria significatione: quoniam in his partibus coheredum quæ nondum aditæ sunt, solum hereditatis nomen proprie consistit. † 20
Verum est enim, quod vulgo traditur, hereditatem quæ semel heredi quæsita sit, hereditatis nomen amittere. Neque id difficile est intelligere hoc argumento. Hereditas enim, quæ quidem proprie ita dicitur, pro domina habetur. *L. non minus*, §. 1. *infr. de her. inst. L. hereditas in multis*, *infra de acq. rer. dom.* At semel heredi quæsita, ei pro domina nec est, nec esse potest. Constat enim heredem ex eo tempore incipere esse dominum, et in jus omne ac locum defuncti succedere. *L. heres in omne*, *infr. de acq. her. L. 1. 2. et 3. in pr. infr. de bon. pos. L. quædam*, §. 1. *supr. de eden.* Nec potest ille esse dominus, quin simul hereditas domina esse desinat. Alioqui ejusdem patrimonii duo in solidum domini sint; quod jus non patitur. *L. 5. §. ult. infr. com.* Ex quo efficitur hereditatem ex eodem tempore desinere esse hereditatem: et sicubi adhuc nominetur hereditas, eo dici, ut demonstretur ea, quæ prius fuit, non quæ nunc est. Neque obscure id colligitur ex hoc loco. Nam si Africanus intelligit, quod Stichus stipulatus sit, id eum etiam pro parte sua acquirere hereditati, quam ipse jam acquisivit: non debuit dicere acquirere eum hereditati ex re hereditaria, quod postea facit. Pro sua enim parte acquirit sibi non solum ex re hereditaria, sed etiam ex re qualibet alia, quamvis maxime aliena, dum non sit res ejus, cui bona fide servit. *d. L. acquiruntur*, §. *ult. L. liber*, *de acq. rer. dom.* Non dubium est igitur, quin Africanus hoc sentiat: Si Stichus pecuniam a se creditam stipulatus sit, acquirere eum his partibus hereditatis, quæ coheredibus delatæ, nondum ab illis aditæ sunt. Sed an his in totum acquirit, quod stipulatus est? Nam hic nihil excipit, ut possit quis existimare, quod Stichus stipulatus est, id eum etiam pro parte sua hereditati acquirere: idest, alii quam sibi. Sic enim scribit: *quod si sibi dari stipulatus esset: dicendum, hereditati eum acquisisse.* Sed, quid sentiat, mox osten-

ostendit, cum ait, per Stichum *hereditati ex re hereditaria acquiri.* Acquirit ergo ille hereditati, si sibi stipulatus sit: sed quatenus stipulatus erit *ex re hereditaria*: idest, ea quæ pertineat ad hereditatem nondum aditam, eam ipsam videlicet, cui acquirit; non etiam ex ea, quæ illi jure hereditario pro portione jam sit quæsita: quæ postquam quæsita est, pariter hereditaria esse desinit: ut pars ipsa hereditatis, ex qua parte Stichus heres exstitit, et quæ pro portione singulas eas res continet, prius hereditatis pars esse desit. Sed cum velimus hanc stipulationem etiam Sticho pro portione ejus acquiri, utpote hactenus ex re ejus interpositam: cur Africanus de eo nihil dixit, sed tantum de coheredum portionibus? Quia certi juris erat, quod liber homo ex re sua, aut non ex re ejus, cui bona fide servit, acquirat: id eum sibi acquirere. *d. L. acquiruntur*, §. *ult. L. liber*, *infr. de acq. rer. dom.* At non item expeditum est, an Stichus possit ex re hereditaria acquirere hereditati. Atque etiam justæ caussæ sunt, cur non videatur posse, ut mox dicemus. Ideo quod certi juris erat, prætermisit: illud quod erat dubium, solum posuit.

Ita hereditati ex re hereditaria acqui-
21 ri) † At videamus, ne Stichus liber factus, quantumvis olim defuncti servus, et nunc status sui ignarus, quantumvis pecuniam hereditatis stipuletur: non possit tamen secundum regulas acquirere hereditati. Si quis cui potest acquirere: aut domino potest, aut fructuario, aut bonæ fidei possessori. Non enim plura genera sunt eorum, quibus liber homo, aut servus alienus acquirere potest, ut declaratur in *L. acquiruntur*, *infr. de acq. rer. dom.* Nemo ambigit in proposito hereditatem Stichi dominam non esse, aut in eo usumfructum non habere: cum liberi homines in nullius sint dominio: id enim solum servorum est. *L. 4. supr. de stat. hom.* Ususfructus autem non sit, nisi in alienis rebus. *L. 1. supr. de usuf.* Quod ad possessionem attinet: possunt quidem liberi homines bona fide tanquam servi suo modo possideri: *d. L. acquiruntur*, §. *ult. infr. de acq. rer. dom.* sed non ab hereditate. Hæc enim possidere non potest: cum possessio sit corporis et animi: quorum neutrum in hereditatem cadit. *L. 1.* §. *Scævola*, *infr. si is qui test. lib. esse jus. er.* Quare omni ratione acquirendi remota, relinquitur hic per Stichum hereditati nihil acquiri posse. Dicet quis, non esse necesse Stichum possideri ab hereditate, ut ei acquirat; satis esse, si Stichus hereditati bona fide serviat. Nam primum Africanum hoc loco de hac acquisitione ita loqui, ut dicat ex re nostra per eos qui bona fide serviunt nobis acquiri: tum autem definitionem veterum in hæc ipsa verba conceptam exstare in *L. liber*, *et L. qui bona*, *infr. de acq. rer. dom.* Sed non videmur hoc responso multum profecturi. Nemo enim bona fide servit, nisi ei a quo bona fide possidetur, ut semper his etiam verbis possessio ejus, cui acquiritur, exigatur. Neque enim voluntas Stichi quidquam alteri tribuit, sed jus ejus cui acquiritur. Nullum autem jus est in eo, cui acquiritur, nisi aut dominus sit, aut fructuarius, aut bonæ fidei possessor. Possessio quidem bonæ fidei diserte exigitur in *d. L. acquiruntur*, §. *ult. de acq. rer. dom.* Et ne quis hic putet aliud sentire Africanum, is paulo post scribit, Stichum coheredibus scientibus ideo nihil acquirere, quia hi nec possidendi animum habeant: significans, si quis animum possidendi non habeat, huic nihil posse acquiri. Et fatendum est, per liberum hominem nisi possidenti, et bona fide possidenti acquiri non posse.
† Sed possessorem hic accipere debemus, 22
non eum qui vere possideat; alioqui nec per liberum hominem cuiquam acquiri posset, cum liber homo vere possideri non possit: *L. qui universas*, §. *1. infr. de acq. poss.* sed eum, qui pro possessore habeatur. Talis est hereditas in rebus, quas defunctus possidebat: cum id agitur, ut ea possessio ad continuationem juris acquirendi hereditati, atque hinc heredi proficiat. Argumento est usucapio, quæ a defuncto cœpta, etiam ante aditam hereditatem impletur. *L. cœptam*, *L. nunquam*, §. *vacuum*, *infr. de usur. et usuc.* Atqui sine possessione usucapio non contingit: *L. sine*, *infr. de usur. et us.* hereditas autem non possidet. Sed perinde habetur, quasi possideret: ne alioqui possessionis interruptio cœpti juris damnum afferat. Unde et jure singulari receptum id esse dicitur. *L. justo*, §. *nondum*, *infr. de usur. et usuc.* Quo exemplo recte dicetur et possessionem defuncti in Sticho prodesse posse hereditati ad jus acquirendi retinendum, quod ille dum viveret, habuit. Tantum exigitur ad eam possessionem, ne Stichus medio tempore ab alio possessus sit: nam alioqui nec ab hereditate possideri videatur. *L. possessio*, *20. infr. de usur.* Ex quo apparet non male sentire Bartolum, qui ad superiorem objectionem diluendam ait, hereditatem proprie

prie non possidere, sed quasi possidere: quod nihil aliud est, quam eam pro possidente haberi. Quod si ita est: recte Africanus comparat hereditatem cum iis, qui bona fide nobis serviunt. Etsi enim est in nobis animus possidendi, qui in hereditate nullus est: tamen effectum est, jure singulari receptum esse, ne minus videatur hereditas possidere, cum de eo agitur, ut ei acquiratur per eos, quos defunctus possedit.

Post aditam vero a coheredibus hereditatem non æque idem dici potest) Stichus status sui ignarus omni modo hereditati acquirit: quia in hereditatem non cadit, ut possideat mala fide; coheredibus non item, quia possunt scire Stichum sibi coheredem datum: quod si fit, mala fide possident: malæ fidei possessori per liberum hominem, aut servum alienum acquiri nihil potest. *L. qui bona, infr. de acq. rer. dom.* Cui ergo hoc casu Stichus condictionem acquiret? Et mirum est, Accursium, et cum Accursio tam multos hic hærere: quasi non sit certissima juris sententia, quod liber homo acquirit, si possessori suo non acquirat, ipsum sibi acquirere? *L. liber, in pr. et in fin. L. qui bona: §. generaliter, infr. de acq. rer. dom.* Sibi ergo Stichus solidam actionem hic acquiret. At enim Stichus sibi stipulando non est hoc animo, ut sibi acquirat; sed domino, quam adhuc vivere existimat. Hac ratione in proposito qui moventur, quid aliud sentiunt, quam superiorem regulam juris in omni etiam alia acquisitione falsam esse? Nunquam enim qui se servum putat, aperte hoc animo est, ut sibi acquirat. Nihilominus sibi acquirere dicitur, si quid ad possessorem non pertinet. Verum ut istis quoque satisfiat. Qui bona fide servit, ita in eo errore hac mente est, ut ei quem dominum putat, acquirat: ut tamen quia id facit ideo, quod opinione sua servus est, tacite sub contraria conditione contrario animo esse intelligatur, ut si servus non est, sibi quæsitum velit: quæ et cogitatio solventis in indebito soluto esse intelligitur. *L. si in area, infr. de cond. ind.* Sed pro parte coheredum Sticho condici potest, quod ex ea stipulatione consecutus fuerit. *L. pen. infr. de stip. ser.* Adversus eos qui pecuniam acceperunt, coheredibus, pecunia consumpta, nulla actio est. Si nummi adhuc exstant, pro parte coheredum vindicari possunt. *L. rogasti, §. ult. supr. eod.* His ablatis, si Stichus adversus debitores ex stipulatu agat, exceptione doli mali repelletur. *L. 2. §. circa, infr. de dol. mal. excep.*

Utique si scierint eum sibi coheredem datum) Ergo hoc heredes etiam extranei ignorare possunt, et nihilominus recte adire hereditatem. De his enim agit, qui hereditatem adierunt, quod solum est heredum extraneorum. *§. ult. Inst. de hered. qual. et diff.* Quod si hi hereditatem aliter adire non possent, quam si scirent Stichum sibi coheredem testamento datum: frustra adderetur præcedentis sententiæ hoc sive temperamentum, sive correctio, *utique si scierint eum sibi coheredem datum*: quasi non recte definiretur in universum, post aditam a coheredibus hereditatem Stichum his acquirere non posse. Ergo licet extraneis heredibus hereditatem adeuntibus quædam ignorare, quæ testamento scripta sint. Atque ita fit etiam, ut non sit necesse his ad adeundam hereditatem testamenti tabulas legere. † Quod si verum est: quomodo 23
hoc convenire putamus cum vetere jure, quod temporibus Africani valuit, quo placebat hereditatem ante apertas tabulas testamenti adiri non posse? *L. unica, §. in novissimo, C. de cad. tol. L. 3. §. ult. infr. de her. inst.* Item cum eo, quo etiam nunc utimur, quo fit, ut heredem hereditatem aditurum de jure suo certum esse oporteat, et maxime si sit testamento institutus? *d. §. ult. Inst. de her. qual. et diff. L. heres institutus, infr. de acq. her.* Bene vero inter hæc convenit. Apertas olim tabulas ante omnia oportuit, et quidem ita, ut legi et cognosci oporteret, quid in his scriptum esset, ne frustra aperirentur. Sed non ideo fuit necesse, legi ab herede instituto, aut eo præsente tabulas recitari. Sic et heredem quemlibet scire oportet, se heredem institutum, et sibi hereditatem ex testamento deferri. Verum hoc non eo pertinet, ut scire debeat omnia, quæ in testamento scripta sunt. Satis est, si norit, quæ ad institutionem et jus suum pertinent. Quinimo et in his ejus certitudinem ita exigimus, ut satis sit eum vel per se et sua lectione, vel per alios qui testamentum legerint, et vera renunciaverint, de jure suo cognoscere. Argumento est, quod dicitur heres institutus pro herede gerere posse, etsi partem ex qua sit institutus, ignoret, *L. si quis extraneus, §. ult. infr. de acq. hered.* Item et quod de eo, qui pure institutus est, et se institutum cognovit, respondetur posse eum adire hereditatem, quamvis putet se sub conditione institutum, si modo impleta conditione, quam injectam putavit, adierit. *L. sed etsi de sua, §. ult. infr. de acq. her.* Nam harum rerum, po-

ste-

sterioris quidem certe ignorantia in eum non cadit, qui testamentum legerit.

Quod forte ipsi quoque ex necessariis fuerint) Necessarios coheredes proponit, quod ut plurimum et facile in his accedat, ut a principio heredes domino exsistant, et tamen non solum Stichum sibi coheredem datum, sed etiam se heredes institutos esse nesciant. Exsistunt enim heredes statim etiam inviti: proinde et multo magis ignorantes. *Inst. de her. qual. et diff. in pr.* idque sive sint in assem instituti, sive ex parte tantum. *L ex parte, infr. de acq. her.* Sed exempli loco de his dicit. Nam et extraneis heredibus usu venire potest, ut de jure suo certi recte adeant hereditatem, et nihilominus ignorent Stichum sibi coheredem datum, ut supra docuimus. Ideo dixit Africanus, *Quod forte*: significans se id ponere in his, non quod fuerit ad rem explicandam necesse, sed quod accidere soleat: quod quia soleat frequentius et facilius, eo fuit ad docendum aptius.

Potest adhuc idem responderi) Si unum ante dixisset, quod solum posset demonstrari, statim intelligeremus, quid vellet, cum ait, posse hic responderi idem. At duas sententias ante posuit de Stichi acquisitione, et eas contrarias. Primum dixerat, Stichum hereditati actionem quæsisse. Deinde negavit eum acquirere coheredibus, qui scirent Stichum sibi coheredem datum. Nunc subjicit, si coheredes id ignorent, posse adhuc idem responderi. Merito igitur dubitatur, ad utram ex prioribus illis sententiis hoc referamus. Utrum enim faciamus, ad sententiam multum interest. Si ad proximam referimus: erit hic sensus: etsi coheredes ignorent statum Stichi, tamen nec his per Stichum acquiri. Si ad priorem: erit sententia contraria, his nimirum acquiri, ut prius per Stichum hereditati acquiri dixerat. Ad utram ergo referimus? Ad proximam, dixerit aliquis, ut est natura demonstrativorum, quæ proxima demonstrare solent, ubi aperte ad remotiora non referuntur, ut demonstrativum ille, illud. Quomodo et veteres quidam hunc locum sunt intetpretati. Sed quominus id faciamus, contextus Africani, et ratio ipsa loquendi, et in primis Africani sententia quæ sequitur, refragantur. Si duas sententias de acquisitione Stichi prius Africanus aperte expressisset: non dubitarem rationem et consuetudinem recti sermonis hoc exigere, ut quod hic subjicitur, ad proximam referatur. Nunc autem unam tantum sententiam aperte posuit, ut diceret Stichum hereditati acquisiisse. De coheredibus cum agitur, non dicit Stichum his scientibus non acquirere, sed tantum in his *non æque idem dici posse*: ut appareat nihil hic aperte affirmari, sed quod dicitur, ad priorem sententiam referri. Quare cum nunc subjicit, si coheredes conditionem Stichi ignorent, *posse idem responderi*: primum contextus facit, ut utrumque illud, *idem*, quod est in posterioribus duabus sententiis, ad unam sententiam illam primam pariter referri debeat. Deinde recta ratio loquendi hoc dictat, ut cum una tantum sententia præcedat, quæ aperte expressa sit, si dicatur postea, idem posse responderi, verbo, *idem*, non aliud demonstretur, quam quod ea 24
sententia enuntiatum fuerit. † Sed præcipue atque adeo necessario, quæ sequuntur, eam sententiam flagitant, ut dicamus, si coheredes statum Stichi ignorent, similiter his per Stichum acquiri: ut ante aditam hereditatem dixerat, per eum acquiri hereditati. Hoc enim solo casu locum habet, quod ait, *hoc casu eventurum, ut si suæ conditionis coheredes iste servus habeat, invicem bona fide servire videantur.* Nam si posueris Stichum coheredibus suis quamvis testamenti ignaris non acquirere: dicendum est contra, neque Stichum illis bona fide servire, neque illos Sticho. Nisi vero quis cum quibusdam ex veteribus, quos Bartolus refert, dicat hæc verba, *quo quidem casu eventurum, ut invicem bona fide servire videantur*, interrogative legenda, et intelligendum id absurdum esse, eoque nec probandum. Quod merito displicuit. Si enim Africanus absurdum hoc putaret, debuit ita id subjicere, ut intelligeretur hoc eum subjicere probationis caussa, non illationis. Quod si probationis caussa id subjiceret ex absurdo, ita dicere debuit: nec ignorantibus coheredibus Stichus acquiret: alioqui *illud eventurum*, et quæ sequuntur. Jam vero hæc verba, *quo quidem casu illud eventurum*, ut sunt affirmantis, ita et illationem ex præcedentibus ductam aperte exprimunt. Sed hic oritur dubitatio circa acquisitionem. Non enim potest Stichus acquirere coheredibus suis, nisi his ipse bona fide serviat, et quod idem est, nisi ab his bona fide possideatur. *L. acquiruntur, §. ult. infr. de acq. her.* Quomodo autem possideatur Stichus a coheredibus suis, qui se heredes factos esse ignorarunt? neque enim possessio defuncti in heredes transit, nisi ab his naturaliter comprehensa: *L. cum heredes, infr. de acq. poss.* neque in hac ignorantia coheredes possessionem

Sti-

Stichi adepti sunt, aut etiam adipisci po-
25 tuerunt. † Et quod de hereditate supra diximus, hic de coheredibus post aditam ab his hereditatem respondendum est. Non proprie possidet hereditas: sed jure possessionis commodum illi tribuitur, cum de acquisitione, quæ fit per servos defuncti, agitur. Hac veluti possessione in hereditate constituta, necesse est evenire, ut eadem et in heredes transeat. Hereditas enim ut in heredem id tantum transfundit, quod est hereditatis: ita hoc ipsum saltem transfundit. *L.* 1. §. *Scævola*, *infr. si quis ei, qui test. lib. esse jus. er. Inst. de stip. ser. in pr.* Et ideo ut possessio defuncti hereditati non aditæ, sic et hereditate adita heredi ad usucapionem pariter procedit. *L. possessio*, 20. *L. nunquam*, §. *vacuum infr. de usur. et usuc.* Inde dictum, heredem et hereditatem unius personæ vice fungi. *L. heres et hereditas*, *infr. de usur. et usuc.*

Quo quidem casu illud eventurum.) Si Stichus sui status ignarus intelligitur bona fide servire aliis ejusdem conditionis coheredibus, hoc ipso quod illi heredes sunt, et suæ quoque sortis ignari mala fide possidere non possunt: consequens est et Sticho ipsi adversus coheredes idem iisdem de caussis tribui, ut intelligantur et illi bona fide Sticho invicem servire: quia et Stichus æque pro parte heres est, et æque status sui ignarus, ut in eo malæ fidei possessio non magis metui possit. Sed habet hic casus plusculum difficultatis. Huic enim mutuæ servituti, seu acquisitioni pro uno incommodo, quod solum supra in acquisitione Stichi metuebamus, incipiunt duo incommoda obstare. Non enim tantum hic evenit, ut nemo coheredum alterum possideat, quæ res per se sola adquisitionem impedire videbatur; sed etiam hoc accedit, ut si quem dederimus, videri alterum possidere, continuo efficiatur hunc ab illo altero non posse possideri: quoniam possidere non intelligatur, qui ipse possidetur. *L. homo liber*, §. *ult. infr. de acq. rer. dom. L. qui in servitute*, §. 1. *infr. de reg. jur.* Et obstat per se horum unumquodque acquisitioni, si veram possessionem in ea acquisitione requiramus: multoque magis, si utrumque in eandem personam concurret, ut neque ipse alterum possideat, et hoc amplius etiam ab illo possideatur. Sed ut hereditati et coheredibus, quamvis Stichum vere non possideant, tamen jus veluti possessionem tribuit, quæ sit satis, quo illis per Stichum acquiratur: sic et in reciproca istorum acquisitione dicendum est, non posse quidem eos ita ab aliis possideri, ut vere invicem alios possideant: at jure fingi invicem possideri, ut et singuli finguntur alios possidere, quo invicem sibi acquirant:
quod et vulgo recte respondetur. † Nam il- 26
lud recipiendum non est, ut dicamus ipsos sibi invicem servire, quomodo Africanus loquitur, quamvis a se ipsis invicem non possideantur. Si vere judicare volumus, multo minus potest dici liber homo bona fide servire hereditati, aut coheredibus, si adhuc dominum vivere existimat. Nam quomodo his servire dicendus est, qui liber est; aut quomodo bona fide; qui non est hoc animo, ut his serviat? Animus enim possessi et ejus opinio, non res ipsa hanc servitutem facit. Et quomodo opinione sua servire potest hereditati aut coheredibus, qui his adhuc locum esse non putat? Atque ut concederemus omnes hoc animo esse, ut invicem aliis servirent: tamen verum est illud, quod supra monuimus, nihil facere Stichi animum ad coheredibus acquirendum, nisi et coheredes proprio aliquo jure nitantur, quo illis acquiratur. Hoc autem non est aliud, quam ipsorum possessio, qua Stichum possidere existimantur. Ad hanc igitur possessionem semper nobis veniendum est. Idemque faciendum est, et cum de coheredum acquisitione agitur, qua Sticho vicissim per eos acquiratur. Proinde quærendum, quam hic possessionem ejus cui acquiritur, intelligere debeamus. Illam vero dicimus intelligi, quæ vere non sit; sed quæ singulari jure ad hanc acquisitionem et in hereditate et in heredibus esse fingatur.



Ad L. Si ego *Ult.*

Celsus lib. 6. Digestorum.

Si ego decem stipulatus a Titio, deinceps stipuler a Sejo quanto minus a Titio consequi possim: si decem petiero a Titio, non liberatur Sejus. Alioquin ne quicquam mihi cavetur. At si judicatum fecerit Titius, nihil ultra Sejus tenebitur. Sed si cum Sejo egero quantumcunque est, quo minus a Titio exigere potuero eo tempore quo judicium inter me et Sejum acceptum est, tanto minus a Titio postea petere possum.

S U M M A R I A.

1. *Quæstio, responsi summa, et quid hic dubitationem faciat.*
2. *Duo rei promittendi in specie proposita, non Sejus fidejussor.*
3. *Stipulationem in re dubia semper ita accipiendam, ne sit inutilis: idque agi inter contrahentes.*
4. *Qui promisit, quanto minus a Titio consequi possem, non tantum pecunia a Titio soluta, non tenetur; sed etiam si me agere cessante Titius solvendo esse desierit.*
5. *Fidejussor non liberatur, reo facto non idoneo, quamvis cessante creditore factus sit non solvendo: idque fidejussore denuntiante, ut reum compelleret ad solvendum.*
6. *Cum Sejo subsidiario promissore si agat creditor in proposito, non semper liberari reum primum et principalem: et quibus casibus liberetur.*
7. *Cum subsidiario promissore; qui promisit, quantum a reo principali consequi non potuit, quando agi possit.*
8. *Discussio bonorum quomodo recte fiat, ut ad subsidiarios perveniri possit, tanquam qui excussis facultatibus reperti sint non solvendo.*
9. *Species apposita huic loco.*
10. *Cum subsidiario promissore agendo in id quod reus principalis facere non potuit, reum principalem sola hac petitione liberari ex sententia Celsi.*
11. *In quantam summam reus principalis liberetur, lite cum subsidiario promissore contestata.*
12. *Vocatur in disquisitionem liberatio superior rei principalis; ubi et difficultas responsi ostenditur.*
13. *Liberationis propositæ ex sententia Celsi.*
14. *Electione unius ex duobus reis debendi, an alter liberetur: de sententia veterum in eo, et de constitutione Justiniani.*
15. L. si ex toto, 8. §. 1. de legat. 1. *aperte additum a compositoribus.*

DEcem stipulatus a Titio, deinde hæc stipulor a Sejo, non absolute, sed sub conditione atque his verbis, *quanto minus a Titio consequi possum*; idest, quod ex his a Titio consequi et servare non pos-
1 sim. † In hac duorum ejusdem pecuniæ promissorum constitutione tractat Celsus, si cum uno ex his egero, an ea petitione quam solutionis effectus secutus non sit, alter liberetur. Hic statim diceret aliquis, et in universum, nequaquam liberari, et ratione certa, eaque ex principiis liberationum sumpta uteretur: quia qui semel debere cœpisset, quandiu non rediisset obligatio in eum casum, unde incipere non poterat, ita liberaretur, si pecunia soluta esset, aut esset eo nomine creditori satisfactum. *L. si rem*, §. *omnis*, *infr. de pig. act.* Quorum neutrum fit, cum ab uno pecunia tantum petita est. Non ita Celsus de proposita quæstione respondet. Sed ut difficultatem responsi liceat agnoscere, partim unius conventione alterum liberari ait; partim ubi hac petitione liberari negat, ejus rei rationem reddit, non quam diximus, sed quæ sit ex propria quadam hujus stipulationis conventione petita: facile ut declaretur subesse hic quoque in contrarium aliquam dubitationem et eam justam, cujus removendæ caussa propria ratione opus fuerit. Quorum in posteriore quid dubitationem faciat, alterum etiam quam per se verum sit, considerandum est. In summa autem distinguit Celsus in proposito, et referre ostendit: utrum cum Titio primo promissore egero, ut ex eo de Seji subsidiarii promissoris liberatione quæratur; an vero egero cum Sejo, ut hinc quæratur de Titii liberatione. Ut si cum Titio egero, non liberetur Sejus, idque pro-

propria ratione; sin egero cum Sejo in id quod a Titio consequi non poteram, continuo in eam summam Titius liberetur. Quæ an ita sint, et quam rationem habeant, videamus. *Si decem*, inquit, *petiero a Titio*, *non liberatur Sejus.* Intelligit non liberari hoc ipso, quod petii a Titio. Subjicit enim, *Si Titius condemnatus judicatum fecerit*, Sejum nihil ultra teneri. Itaque hoc dicit, solutione quidem Titii fieri; ne Sejus teneatur; conventione autem Titii sola nequaquam. Quod ait, Titio judicatum faciente, Sejum amplius non teneri, expeditum est. Promisit enim Sejus sub conditione: si quid ego a Titio consequi non possem; quæ conditio tunc deficit, cum totum a Titio sum consecutus. Conditione deficiente, ex stipulatione deberi nihil potest. §. *sub conditione*, *Inst. de ver. obl.* Neque de eo quidquam diceret, nisi significari vellet, quod dixerat, Titio convento, non ideo Titium non teneri, sic accipiendum esse: nisi Titius condemnatus judicatum fecisset. Sed et quod ait, Titio convento, non ideo liberari Sejum, per se non minus verum est: certe consentit cum principiis juris, quæ ad liberandum debitorem solutionem aut satisfactionem exigunt, nec minus convenit cum iis locis; qui plures de hac specie scripti exstant, ut *L. decem*, *infr. de ver. obl. L. si decem*, 21. *infr. de sol.* At rationem hujus responsi reddit, eamque etiam ut in jure obscuro accersit aliunde, nimirum ex mente contrahentium. Quod sane videri potest per se quidem supervacuum: in hac autem specie potissimum bis ineptum. Fuit enim juris certi, reo principali prius convento, non ideo fidejussorem hac electione liberari. *L. reos*, *C. de fidejus.* Hic autem fuit Sejus, ut videtur, fidejussor. arg. *L. fidejussor*, §. *ult. L. si fidejussores in id. infr. de fid.* Quod si de hoc jure quid dubii esset, et ejus ratio quæreretur, tamen hæc potius ratio esset, quæ esset omnium obligationum communis: quod nemo debitor rebus integris aliter quam solutione, aut satisfactione vel sua vel alterius liberaretur. Quorum neutrum vel Titio vel Sejo contigisset ob id, quod ego cum Titio prius egissem. Quod si quæreretur, an petitio mea mihi nocere deberet: dicendum fuit, absurdum esse, quæ petitio mea caussa instituta est, eam mihi nocere. *L. non solet*, *L. nemo enim infr. de reg. jur.* Nunc autem ut in re dubia Celsus ratione usus est, et quasi superiora parum essent idonea, vel potius quasi hic esset aliquid proprium, quod non item servaretur in aliis fidejussoribus simpliciter acceptis, rationem ex eo duxit, quod Sejus nominatim ita acceptus esset, ut promitteret, *quanto minus a Titio consequi possim*: idest, ita, ut prius Titium conveniri oporteret, quam Sejum. Sic enim scribit: *alioqui ne quidquam mihi cavetur*: intellige eo modo, quo propositum est. Quæ jam non tam supervacua ratio videri potest, quam falsa. Huic enim consequens est, non idem dicendum esse, si alio modo fidejussor acceptus esset, et ego cum reo principali prius egissem: quod non ita est, ut ostendi. *d. L. reos*, *C. de fid.* Itaque res postulat, ut hujus facti rationem explicemus.

Et necesse esset † supervacuam hanc confirmationem Celsi et rationem ejus ineptam videri, si Sejus in proposita specie fidejussor certo haberetur. At verbis fidejussoris acceptus non est, ut fit in illis locis, quibus quis idem promittens fidejussor dicitur ut *d. L. fidejussor*, §. *ult. d. L. si fidejussores*, *in id*, *infr. de fid.* Sed ita accessit, ut ejusdem rei promissor esset. Quam ob rem et duo rei promittendi in hac specie videri possunt. Nec ad rem pertinet, quod Sejus promisit non absolute eadem decem, sed quanto minus a Titio consequi potuero. His enim verbis promittit idem, tametsi sub conditione: nempe quatenus a Titio consequi non possum. Dies autem, aut conditio unius ex reis promissioni adjecta non impedit duorum reorum constitutionem. *L. ex duobus*, 7. *infr. de duob. re.* Et vero an hic duo rei promittendi essent, dubitatum est, ut significat Paulus in *L. decem*, *infr. de verb. obl.* ubi in exemplo proposito ideo negat, convento Titio, Sejum subsidiarium promissorem liberari, quia non sint duo promittendi rei. Quod sic respondet, cum in proposito posset dubitari, an duo hic rei essent. arg. in *L. a testatore*, *infr. de cond. et dem.* Quinimo hoc loco duos reos fieri Celsus confirmat, simul atque Sejus impleta conditione ex sua promissione teneri cœperit, ut postea dicetur. Hinc scilicet ambigendi caussa, an Titio convento Sejus liberetur. Nam si hic duo sunt promittendi rei: consequens est eum liberari ex eorum veterum sententia, qui putaverunt, si cum uno ex duobus reis actum esset, ea petitione liberari alterum. Quam quidem sententiam Paulus probasse videtur in *d. L. decem*, *de ver. obl.* et Celsus in altera parte distinctionis non obscure secutus est: de quo ibi plura. Adversus hanc dubitationem defensione opus fuit ei, 2

qui statueret in proposito, si cum Titio egissem: non ideo liberari Sejum. Hic igitur duplex defensio adhibita est, quæ ostenderet superiorem sententiam de conventione unius ex duobus reis in proposito non esse metuendam. Una est Pauli in *d. L. decem*; Altera Celsi hoc loco. Et Paulus quidem negavit hic duos reos esse tunc, cum primum cum Titio agitur. Et recte: tunc enim Sejus reus non est. Siquidem is non aliter ex conditione stipulationis obligatur, quam si, excussis Titii facultatibus, cognitum fuerit, eum non esse solvendo, ut mox dicetur pluribus. Hoc autem certum non fit tunc primum, cum agitur cum Titio; ut dicendum sit, nec eo tempore exsistere conditionem, sub qua Sejus obligatur. Porro conditione pendente Sejus nihil debere, eoque nec reus esse intelligitur. *L. cedere infr. de verb. sign.* Quod si tum reus non est: perspicuum est, eum petitione illius temporis ut alterum debendi reum liberari non posse. Celsus autem hoc loco plus sumit, ut dicat: etsi quis concesserit duos hic reos esse ab initio, Titium et Sejum; tamen in proposito aperte actum esse, ut Titio prius convento, si ab eo consequi quid non possim, a Sejo id petere liceret: hanc vero conventionem etiam inter duos reos esse servandam. Sic enim scribit: ***alioquin** nequidquam mihi cavetur.* Quibus verbis significat, si cum petii a Titio, placet liberari Sejum contra, quam dixit, inutilem fore stipulationem, qua mihi cavi a Sejo: hoc autem recipiendum non esse. Sed cur hoc modo inutiliter mihi a Sejo caverim? Quia si hoc recipimus, non potero unquam a Sejo petere. Necesse est enim id faciam, aut Titio prius convento, aut non convento. Si convento: dicimus Sejum liberari. At cum liberato agi non potest. Si, Titio non convento: jam quominus cum Sejo agi possit, ipsa stipulationis conditio prohibet. Conditio enim hæc est, ut ille dare debeat, si quid a Titio consequi non possim. Quæ conditio non prius exstitisse videri potest, quam Titio convento, et excussis in exsecutione iudicati ejus facultatibus, compertum sit, eum non esse solvendo: ut postea pluribus ostendemus in explicatione alterius partis responsi. Sic fit, ut si volumus, Titio convento, liberari Sejum; inutilis sit stipulatio, qua sum a Sejo stipulatus: utpote ex qua a Sejo pariter petere non possim, sive prius egerim cum
3 Titio, sive non egerim. † Inutiliter autem me mihi cavisse a Sejo, seu inutilem videri hanc stipulationem, probandum non esse, significat ipsa conceptione verborum. Hæc enim oratio, et similes, *alioquin nequidquam mihi cavetur*, continet incommodum, quod ex contraria sententia consequatur. Ita hoc ipsum pro incommodo et minime recipiendo habendum esse innuit, si quis dicat hic stipulationem esse inutilem. Id quod tantum significasse Celso satis fuit, quoniam est juris certi. Pertinet enim ad eam regulam, qua præcipitur, stipulationem ambiguam sic accipi debere, ne sit inutilis. *L. quoties in stipulationibus, infr. de ver. obl.* Idque eo certius est, quod ut ne sit inutilis, inter contrahentes agi intelligitur. Quorsum enim stipulatio, nisi ut finem stipulationi propositum consequatur, obligationem? quam si nullam contrahentes esse volebant, id facillime consequi poterant quiescendo. Semper autem in contractibus id servatur, quod actum est. *L. semper in stipulationibus, infr. de reg. jur.* Nempe quia id agi a contrahentibus dicimus, quod illi senserunt et voluerunt. Hic autem consensus et placitum conventio est: quam esse servandam edicto de pactis cautum est. Idque non minus ad tacitas conventiones, quam ad expressas pertinet *L. 2. L. 4. supr. de pact.* Unde illud in *L.* 3. supr. *semper in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum esse.* Nec si hic duo rei essent, eo minus conventio esset servanda: quod et Celsus hic intelligi voluit. Non enim duorum reorum obligationi hæc conventio contraria est: cum nihil prohibeat utrumque solidum debere, et tamen creditorem cum altero pacisci, ne ab eo petat prius, quam alterum excusserit. Nam et fidejussor sic accipi potest, ut promittat, quod creditor a reo servare non poterit. Rei autem promittendi vice mutua fidejussores intelliguntur: quodque uni ex fidejussoribus recte præstatur, hoc et uni ex duobus reis tribui potest. *L. reos, infr. de duob. re.* Ergo ex dubitationis caussa quo spectet Celsi ratio, et quam apte ea hic utatur, intelligitur. Quo cognito, redeo ad sententiam. In qua ut res, sic et proprietas verborum observanda est. *Si decem*, inquit, *petiero a Titio, non liberatur* Sejus. Recte: *non liberatur*, quem ex eventu secundum verba stipulationis obligari constat tunc, cum Titius condemnatus non est solvendo. Hac obligatione, inquam, non liberatur ideo, quia ego cum Titio prius egero: idest, non fit ista petitione, quominus obligatio Seji, quæ exsistente conditione stipulationis secundæ nata est, duret, et ea cum effectu teneatur.

At

At si, inquit, *judicatum fecerit Titius, nihil ultra*, idest, nulla in re *ultra Sejus tenebitur*. Recte dixit, hoc casu Sejum non teneri, non autem liberari. Re vera enim non tenetur, qui in hunc casum nihil promisit: sed non liberatur, qui nunquam ante fuit obligatus. Titio enim solvente, ego decem consequor: quo facto, deficit conditio, sub qua a Sejo sum stipulatus. Ex conditionali stipulatione, ut ante dixi, nec peti potest, nec debetur quidquaam, ubi conditio non exstitit. §. *sub conditione*, *Inst. de ver. obl. L. cedere, infr. de ver. sig.* Non est autem liberatio, nisi ejus qui prius obligatus fuerit. Qua ratione in *d. L. decem, de ver. ob.* notatus est a Paulo Papinianus, quod dixisset hoc casu Sejum esse solutum: cum, si proprie loqui vellet, dicere debuisset, Sejum non teneri, ut hoc loco fecit Celsus. Sed enim ait Celsus, Sejum ultra non teneri: quasi usque ad solutionem Titii Sejus obstrictus fuerit: post eam autem solutionem jam ultra non teneatur: quod falsum est. Nam ubi Titius solvit, defecit conditio promissionis Seji. Ex quo intellectum est, eum, ut in posterum non obligatur, sic nec ante obstrictum fuisse, et omnino dici non posse eum ullo tempore teneri. *d. L. cedere, de ver. sig.* Et hoc ita est, si hæc verba, *non tenebitur Sejus*, sic accipimus: quasi simpliciter Celsus diceret, Sejum non teneri. Verum ita accipi debent, quasi diceret, jam certo ultra non tenebitur Sejus: seu, jam certum est, ultra Sejum teneri non posse. Quod ex collatione præcedentis temporis recte dicitur. Etsi enim nec ante Sejus tenebatur, tamen id ex eventu solutionis certum factum est. Cæterum ante hunc eventum certum non erat, et omnino dici non poterat, eum non teneri: cum per rerum naturam fieri posset, ut teneretur. Nisi malumus hæc verba non ad obligationem, sed ad metum obligationis referri: ut dicamus, Titio solvente, Sejum non teneri ultra ullo metu obligationis: et recte, *ultra*, quia ad id usque tempus eo metu tenebatur. Sed de obligatione pecuniæ hic agitur. Quod si de hoc metu sentirent veteres, non minus recte hac ratione diceretur Sejus Titio solvente liberari: quoniam liberaretur hoc metu. Quod tamen cum a Papiniano dictum esset, notavit Paulus in *d. L. decem, de ver. ob.* Quod ad rem attinet, illud cavendum est, ne quod Celsus dicit, *si Titius judicatum fecerit, Sejum ultra non teneri*, id sic accipiamus: quasi uno hoc modo contingat, ne Sejus teneatur. Id eum sentire intelligeremus, si quæreret in universum, quomodo fiat in hac specie, ne teneatur Sejus; et rem hanc complecti volens, superiore definitione uteretur. Sed observandum est, rem proponi de me, qui a Titio petii: et hoc quæri, an hoc ipso quod ab illo petii, nempe etiam tunc cum aliud mihi objici non potest, non teneatur Sejus. Et negat Celsus hoc modo fieri, ne ille teneatur: nisi hoc accesserit, quod subjicit, ut et Titius judicatum fecerit. Ex quo apparet, definitionem esse de petitione mea, qua cum Titio egi, deque his factis quæ hanc petitionem secuta sunt. Quæ definitio alios modos, si qui forte alii sint, quibus removeatur a Sejo obligatio, non excludit; alioqui dicendum erit, etsi Titius non fecerit judicatum, ante condemnatus; sed ultro sine judicio solverit, quod debet: nihilominus Sejum adhuc teneri, quod aperte falsum est, et a sententia Celsi plane abhorrens: qui non putavit referre, quomodo ego decem a Titio sim consecutus. Hæc eo spectant, ut si aliis locis, aut natura rei probatur aliis etiam modis contingere, ne Sejus teneatur: sciamus hunc locum non refragari. † Ne quis autem frustra id moneri, aut de hac quæstione sibi 4
in hoc loco consistendum existimet: sciendum est, duobus modis accidere in specie proposita, ne Sejus teneatur. Uno, quem verba stipulationis aperte ostendunt, si Titius conventus et condemnatus judicatum non faciat, quia non sit solvendo: de quo hic. Altero si priusquam a me conveniretur Titius, rem ab eo potui servare, quia ab illo recte et sine acerbitate exigere potui; me autem cessante, solvendo esse desiit. Quod ita expressum est in *L. si fidejussores in id, infr. de fid.* ut non minus certa ratione efficiatur ex conditione stipulationis. Stipulor enim a Sejo quod a Titio consequi non potero. Itaque si quid possum postea ab illo consequi, id a Sejo secundum verba stipulationis non debetur. Vis hæc est conditionis ut quod sub conditione datur, promittitur: sub contraria conditione denegari intelligatur *L. quibus, §. 2. infr. de cond. et dem.* At si quando potui a Titio consequi: semper verum erit, me potuisse consequi postea, etiam si deinde accidat, ne possim. Quare quandocunque id eveniet, nunquam postea secundum conditionem a Sejo potero petere. Nec ad rem pertinet, quod hic duo sunt tempora, quorum uno a Titio consequi decem possum; altero et eo quod nunc est, non possum. Ideo enim po-

posterius tempus non spectamus, quia ut desineret Titius hoc tempore esse solvendo, mea culpa factum est. Proinde perinde habendum, quasi non contigisset: ut factum meum et culpa mihi noceat; non adversario juxta regulam juris *L. factum cuique, infr. de reg. jur.* Non utimur ad hanc rem probandam illa regula, quoties per eum, cujus interest conditionem non impleri, stat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset: *L. in jure, inf. de reg. jur.* quoniam regula huc non pertinet. A Titio enim non petendo cum possum, si postea Titius solvendo esse desinat, non facio cessatione mea, quominus conditio sequentis stipulationis impleatur, sed quo magis impleatur. Sic enim fit, ut non possim consequi decem: quæ conditio erat, sub qua a Sejo possum petere. Et hoc quæritur, an conditio secundum verba impleta pro non impleta haberi debeat. † Non eadem caussa est fide-
5 jussoris simpliciter accepti, quæ ejus, qui ita promisit, ut proponitur hic Sejus promisisse. De fidejussore ita scriptum est in *L. si fidejussor*, 82. *infr. de fidejuss.* ut possit quandoque a creditore conveniri, quamvis creditori denunciaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret, isque cessaverit. Et recte: nulla enim in fidejussore taliter accepto conditio est, quæ creditorem tempestive cum reo agere cogat, et cessantem cum fidejussore agere prohibeat. Ne nunc quidem post constitutionem Justiniani novellam, *de fidejussoribus* posteriore loco conveniendis aliud servandum esse putandum est. Ratum enim hoc esse debet, quod ea constitutione specialiter ad emendationem veteris juris expressum non est, id veterum legum regulis relinqui oportere. *L. præcipimus, in fin. C. de app.* Non vult autem Justinianus fidejussores simpliciter acceptos, id quod promiserunt, debere sub conditione, si creditor id a reo servare non possit. Sed cum simpliciter obligati maneant, ut ante: hoc beneficium eis tribuit, ut non ante a creditore conveniri possint, quam ille cum reo principali egerit, eumque excusserit, *d. novel. de fid.* §. 1. *et* §. *sed neque* Quare dum creditor aliquando hoc faciat, constitutioni satisfactum est: nec ab illo exigemus, ut certo tempore cum reo principali experiatur, non solum contra formam stipulationis, sed etiam contra rationem et veteris juris, quod proponitur in *d. L. fidejussor, infr. de fid.* et illius æquitatis, secundum quam receptum est, ut nemo invitus agere cogatur *tit. C. ut ne invit. ag. vel ac. cog.* Sed hæc quæstio alterius loci est, et eget paulo pluribus verbis: nos in suum locum rejiciemus. Hoc loco attingere necesse fuit: ne quod de fidejussore dicitur in *d. L. si fidejussor*, cum iis quæ de Sejo in specie proposita diximus, pugnare videretur.

Sed si cum Sejo egero) Sequitur altera pars distinctionis propositæ: qua declaratur, si ex diverso cum Sejo subsidiario promissore egero, contrariam vim esse hujus conventionis superiori: Titium nimirum liberari in eam summam, quam ego a Titio exigere non potui tunc, cum litem contestatus sum cum Sejo. Cujus responsi obscura admodum et sententia, et ratio est. Quæritur enim quodnam sit hoc genus liberationis, quod non solum videatur adversari notissimis regulis juris, quibus efficitur solutione quemque, non petitione liberari; sed etiam in quo videatur Celsus aperte et quidem eodem in loco a seipso dissentire. Prius enim dixerat, Titio convento, non ideo liberari Sejum: cur convento Sejo, potius hac petitione liberetur Titius? Et est omnino responsum ejusmodi, quod in primis egeat explicatione. Cum autem id constet certis quibusdam partibus, et sit in singulis, quod quæratur: commodissimum erit ad sententiam ejus cognoscendam singulas separatim expendere, ac si quid in his dubii sit, ordine explicare. Animadvertendum est igitur, contineri responsum tribus his veluti partibus, caussa nimirum certa, cujus effectus statuatur Titii liberatio, sed ea ad certam usque summam. Hæc sigillatim consideremus. Caussa liberationis est hæc, totidem verbis hic expressa, *si cum Sejo egero.* † Generaliter dictum hoc, 6
ut videtur: nihil enim adjicitur: quasi utcumque cum Sejo actionem instituero, continuo Titius liberetur. Quod non ita est. Quid enim, si cum Sejo egero Titii nomine? Quid, si egero cum illo ex sua promissione, sed tunc cum nondum ex conditione stipulationis mihi teneretur? Neutro modo ita liberatur Titius, ut hic scriptum est. Fingamus primum, cum agerem cum Titio, ultro Sejum se obtulisse liti, et judicium in se nomine Titii suscepisse: ut si quid illum debere constaret, hoc præstaret. Judicium quidem hic erit, et cum Sejo consistet, ut vere hic dicendus sim cum Sejo egisse. Hoc amplius et ita jus vetus fuit, ut Titius hoc facto liberaretur: quo

jure judicium quisque pro alio accipiendo eum invitum et ignorantem liberat. *L. solutione, infr. de sol.* Sed hoc modo liberatur Titius non id solum, quod a Titio exigere non potui, ut hic scriptum est, sed in id etiam, quod exigere non potui: denique in solidum, quantum Titius debuit, et de quo egi cum Sejo, ut est vis novationis. *d. L. solutione, L. delegare, infr. de novat.* Quod si fingemus egisse me cum Sejo ex sua promissione, sed priusquam promissionis ejus conditio exstitisset: non potest hoc evenire, ut Titius ea petitione liberetur. Nam si negabit Sejus se debere, frustra ago: cum illum absolvi necesse sit, adversus quem nondum ulla obligatio, nedum actio mihi nata est. *L. cedere, infr. de verb. sig.* Ex inutili petitione liberatio contingere non potest: cum ne petitio quidem habenda sit, quæ est inutilis. Unde qui pendente conditione agit, non tam male agere, quam nihil agere dicitur. *L. unica, in fin. quan. dies ususfr. leg. ced.* Et generaliter quæ jure non fiunt, pro eo habentur, ac si facta non essent, *L. quoties, supr. qui satisd. cog. L. non dubium, C. de legib. L. 4. §. condemnatum, infr. de re. jud.* Sin autem Sejus ante quam deberet, conventus, vel errore vel consulto fateatur se debere: incipiet quidem ille mihi teneri, nec aliud ei relinquetur, quam ut spatium ad solvendum accipiat: quia confessi in jure pro judicatis habentur. *L. si debitori, supr. de jud. L. 1. infr. de conf.* Ut consequens sit, dici etiam hoc casu, non esse inutilem petitionem meam. Sed ne sic quidem hac petitione liberabitur Titius: propterea quod nec ulla mihi hoc facto novatio cum Sejo intercedat, ut qui alienam obligationem in se non suscipiat, sed tanquam de sua confiteatur. Neque hic duo sint rei promittendi: cum Sejus ex confessione sua, non promissione obligetur. His autem rationibus detractis, nulla hic potest nasci liberatio ex petitione. Quid ergo est? Nempe conditio sic accipienda est: si cum Sejo egero ex sua cautione, et tunc cum potui jure cum illo experiri, impleta nimirum conditionis ejus conditione. At nihil horum hic adjicitur. Scilicet quia non fuit necesse: satis enim aut sententia, aut vi verborum continetur. Sententia enim manifesta est, ita Celsum de Titii et Seji conventione hic agere, quatenus uterque ex sua cautione conveniatur. Huc enim spectat, quod initio proponit amborum promissiones diversas. Et certe cum initio dixit. *Si decem petiero a Titio*: omnes intelligunt hoc eum sensisse, si decem petiero, quæ ille ex sua illa supra scripta cautione debet. Ita et cum separatim subjicit. *Sed si cum Sejo egero*, sic intelligere debemus: si cum Sejo egero de eo, quod ille pro se cavit. Quod autem, *egero*, sic accipimus: egero tunc, cum jure ex conditione stipulationis potui: vi verbi efficitur. Proprie enim non est actio, nisi quæ jure actio est: ubi jure persequimur judicio, quod nobis debetur, ut est definitio actionis. *L. nihil, infr. de ob. et act.* Itaque si peto quid a Sejo, nec consequor, quia non debuit: non ago, sed agere volui. Sed etsi consequor, sed ideo, quia cum non deberet, confessus est, in jure se debere: ne sic quidem dici debeo de eo egisse: quia non est actio sine judicio, ex eadem definitione: nullum autem judicium est in confitentes. *d. L. si debitori, supr. de jud. L. proinde, §. ult. supr. ad leg. Aq.* Sed hoc ex verbis sequentibus maxime intelligitur, cum ait: *quantumcumque est, quod a Titio exigere non potui.* His enim verbis significatur id, de quo cum Titio prius egi, sed agendo exigere non potui. Quod cum fit, tum demum stipulatio adversus Sejum committitur, et cum eo agi potest, non aliter, ut paulo post dicemus.

† Quapropter ad cognitionem hujus conditionis, et ejus, quæ inde pendet, liberationis, necessario cognoscendum est, quando cum Sejo possim agere. Quod eo libentius hic attingemus, quod eam explicationem præcipue desiderare videtur *L. decem in fin. infr. de ver. obl.* ubi brevius est a nobis expositum. Et constat hanc stipulationem: quod ex decem a Titio consequi non potero, conditionalem esse: inesse enim hanc conditionem: si quid ex his consequi non potero. arg. in *L. 6. infr. de legat. 1. L. 2. infr. de her. inst.* Ex conditionali stipulatione non prius agi posse, quam conditio exstiterit. *L. cedere, infr. de ver. sig.* Conditionem porro hanc: si quid ex his a Titio consequi non potuero: cum in non faciendo sit, tunc exsistere, cum certum esse cœperit, me a Titio decem consequi non posse. *L. hoc jure, 10. L. ita stipulatus, vers. sed etsi ita, infr. de ver. ob.* Quæritur, quando id certum esse incipiat, ut sic possim impleta conditione cum Sejo experiri. Et in *d. L. decem, in fin. de ver. ob.* scriptum est, a Sejo secundo promissore ante Titium excussum non recte peti. Quo significatur, ita certum fieri me a Titio decem conse- 7

qui

qui non posse, (quæ conditio erat, qua impleta, licet ex stipulatione posteriore cum Sejo agere) si id certum fiat, excusso prius Titio, idest, si excussis Titii bonis compertum sit, eum non esse solvendo. † Ex-
8 cussum accipere debemus eum, qui recte excussus est, ut de condemnato scribitur in *L. 4. §. condemnatum, infr. de re jud.* Privatim autem excuti facultates non est satis. Sed judicio, quo cum Titio actum sit, id fieri oportet; aut certe per judicem, apud quem decem a Titio petita erant: ut sive is litigans condemnatus erit, sive ultro in jure confessus erit se debere, quo casu et pro judicato habetur, judex in exsecutione judicati per apparitores pervestiget Titii bona: ubi quæ reperiet, pignori capi jubebit; si non reperiet, id ipsum postulante actore declarabit, ut sciatur non esse in bonis Titii, unde mihi satisfiat. Quod nisi fit, semper recte dicet Sejus facultates illius idonee non esse excussas: quod pro eo haberi debet, ac si excussæ non essent. *L. quoties, supr. qui satisd. cog.* Ac ne dubitemus in proposito rem ita transigi debere, ita reperiemus: Quoties sunt aliqui, quos placet subsidio teneri hac conditione, si ab aliis prioribus creditor suum consequi non possit, ut sunt fidejussores, mandatores, pignorum possessores: de his ita jus esse, ut placeat priores illos prius esse conveniendos: tum si eo judicio idonei reperti non sint, ad sequentes subsidiarios esse perveniendum. *L. 1. C. de conven. fisc. deb. lib. 10. L. 4. C. quan. fisc. vel privat.* Ex quo intelligimus excussionem debitoris duas has res desiderare: conventionem, qua cum eo ipso debitore judicio agatur; et judicati exsecutionem, in qua, pervestigatis ejus bonis, constet quid facere possit, aut non possit. Non exigimus ut dum instituitur excussio Titii, vocetur Sejus: ut adsit, si velit, et videat, quam fideliter in eo res geratur. Nihil enim amplius exigit conditio stipulationis, quam ut certum fiat, Titium solvendo non esse. Quod fit excussione legitima magistratus, etiam si Sejus non adsit. Quare etiam non vocato eo recte res transigetur: et cum constiterit judicio Titium non habere in bonis, unde mihi solvat: recte cum Sejo, ut impleta stipulationis conditione, agetur. Tantum ut illa ad excussionem præcesserint, quæ dixi. Enimvero cur ut constet me a Titio decem consequi non posse, hujusmodi conventionem Titii, et dicussionem bonorum ejus exigimus? Quia non prius dicendus sum, non potuisse a Titio consequi, quam adhibitis his modis, quibus optime et jure possum consequi quod debet, constet me ne his quidem quidquam consequi potuisse. Ea autem consequendi et ab invito exigendi ratio est jure prodita: ut creditor adversus debitorem actionem prius dirigat, et caussa cognita sententiam accipiat, tum judex pignora capi jubeat, et distrahi. *L. 1. C. de exs. rei jud. L. negantes, C. de obl. et act.* Quid ergo, aliter exploratum fieri non potest, Titium non esse solvendo: eoque nec aliter cum Sejo agere possum, quam si Titius judicio et per judicem prius excussus fuerit? Vulgo volunt posse: cum dicunt supervacuam esse bonorum excussionem, si alias palam notum sit Titium solvendo non esse. Paulus contra in *d. L. decem, de ver. obl.* ita definit; ante Titium excussum a Sejo non recte peti. Quibus verbis non hoc solum significatur, Titio recte et ut oportet excusso, impleri conditionem sequentis stipulationis, et cum Sejo agi posse; sed hoc amplius exprimitur aliter conditionem non impleri, nec aliter posse agi cum Sejo. At quid opus est discussione, si alias constat Titium unde solvat, non habere? Recte hoc quæreretur, si quidem alio modo de eo posset constare. Nunc autem id aliter non potest. Quid enim dicemus, Titii bona esse publicata? Sane vero hoc casu Titius non convenietur: non magis quam conveniretur, si esset mortuus. Sed convenientur hi qui in bona successerunt, nempe fiscus, in cujus persona excuti intelliguntur Titii facultates. *L. 2. C. ad leg. Jul. de vi. L. 2. supr. de cap. demin.* Quid, si Titius bonis cesserit? Vel eo nomine cum illo agendum est, ut hoc ipsum sciatur, an plane et recte bonis cesserit: quod pro discussione cedet. Quin etiam, etsi publice notum sit, eum bonis cessisse: tamen adhuc incertum est, an quid possim ab illo consequi, nec ne. Quid enim, si quid adhuc apud se retinet, quod quærendo postea emergat? Qui scis etiam, an si per se facere non potest, possit tamen per alios: ut amicos, qui illius miserti, vel dent ei pecuniam, unde solvat, vel ipsi ejus nomine pecuniam dissolvant? Quod an ita non sit: non nisi cum illo agendo, et eo excutiendo exploratum fieri potest. Multoque magis hæc dicenda sunt, si more civitatis bona civium censeantur, in quibus sit Titius, et ex publicis tabulis census probare quis velit, quid Titius habeat. Quid enim? an Titius fideliter omnia sua professus est, ut nihil habeat amplius, quam

quod

quod in censum retulit? An omnia, quæ alicui debentur, aut ipse debet, in censum referri solent? Quid post censum habitum? an non potuit augeri facultatibus? Sed et in hac re illud quod supra dixi, evenire potest, ut si judicio cum illo agam, exsistat aliquis, qui ejus nomine solvat, ne turpiter aut carcerem subire, aut bonis cedere cogatur, quæ pœna condemnatum non solventem manet. *L. 1. C. qui bon. ced. poss.* Sane si Sejus fateatur, Titium solvendo non esse, nihil amplius quærendum est. Hoc qui fatetur, idem satis fatetur se ex stipulatione debere. Adversus confitentem nullæ sunt aliæ partes magistratus seu judicis apud quem agitur, quam ut eum præstare jubeat, quod petitur. *L. si debitori, supr. de jud.* Nam cur de eo, de quo non dubitatur, probationem exigat? *L. ult. C. quib. ad lib. proc. non lic.* Nos cum excussionem requirimus, de invito Sejo, et eo qui se teneri neget, loquimur: cum actio et judicium reddatur in invitum. *L. inter §. 1 infr. de verb. obl.* Quocirca recte in *d. L. decem*, definitum ita est, ante Titium excussum a Sejo non recte peti. Ita in summa, tunc exploratum fit, me a Titio non posse decem consequi, eoque et impleta conditione stipulationis cum Sejo agere possum: cum Titio prius convento per judicem, et ad executionem judicati bonis ejus excussis, compertum fuerit, eum solvendo non esse. Neque id aliter contingit. Atque eadem ex re intelligimus, si hæc præcesserint, et hinc cum Sejo egero: tum sequi liberationem Titii eam, de qua hic agitur. Aliter si agam: ut nihil ago, ita ex inutili petitione liberationem ullam, aut effectum ullum contingere non posse, certum est. At enim ad liberationem Titii, quam hic Celsus statuit, nihil istorum ab eo exigitur, ut vel Titius a me conventus fuerit, vel excussæ per judicem ejus facultates: tantum hæc conditio est, si ego cum Sejo egero. Jam dixi, hac conditione satis superiora contineri, etsi verbis non exprimantur. Agendi enim verbo, actio quæ vere et jure actio sit, accipienda est: idest, jus persequendi judicio, quod mihi debeatur. Hæc ex stipulatione, quæ cum Sejo interposita est, esse non potest, nisi impleta conditione stipulationis: neque impletur conditio, nisi eo modo quo dixi. Quo fit, ut nihil præterea oportuerit adjici: et tamen intelligi sit necesse. Quanquam et illis verbis, quod a Titio exigere non potui, eadem illa maxime significari ostendimus: quam ob caussam et ad liberationem, quæ sequitur, necesse fuit explicari.

Secundum † hæc ita speciem ex facto proponi oportet. Egi cum titio primo promissore, et decem petii, quæ promiserat. Condemnatus, aut etiam in jure confessus se decem debere, quinque tantum solvit. Reliqua quinque ab eo consequi non potui, quia solvendo non erat: idque in judicati executione, excussis ejus bonis, intellectum est. Qua ex re stipulationi sequenti, qua mihi Sejus tenetur, locus factus est in reliqua illa quinque, quæ a Titio exigere non potui. Itaque et de his deinceps cum Sejo egi, ut ferebat conditio stipulationis. Hujus petitionis effectus quis sit, quæritur. Hunc Celsus esse vult, qui deinceps indicatur. Est autem hic, ut quantumcumque est, quo minus in specie proposita a Titio exigere potuero, tanto minus postea a Titio petere possim. *Quo minus potuero exigere a Titio* valet, quod non potuero exigere a Titio: et tanto minus ab illo petere possum, idest, tantam ego summam ab illo postea non possum petere. *L. illud, §. 1. infr. de trib.* De sententia videamus. Et cum dicit Celsus me id petere a Titio postea non posse hac conditione, si cum Sejo egero: declarat me ideo non posse, quia cum Sejo egerim: cum alioqui esset tale, quod ante judicium cum Sejo constitutum possem a Titio petere: tametsi ab illo exigere: idest, cum effectu petere ita ut consequerer, non possem. Nam si ante id quoque judicium a Titio petere non poteram, quia non debebat: non fit, petitione cum Sejo instituta, ut a Titio postea petere non possim; sed ideo, quia jam ante Titius esset liberatus. Quinimo si quid ab illo ante id judicium petere non potui: ne cum Sejo quidem agere potui, qui non debuit, nisi quod et Titius debuit, verum ita, ut ab illo consequi non possem. Jam vero propter actionem cum Sejo institutam dicere me amplius a Titio quid petere non posse, quod prius ab illo petere poteram, nihil aliud est, quam dicere Titium ea petitione hactenus liberari. Quomodo enim consequatur debitor, ne quid ab ipso petatur, nisi liberatione? † Statuitur ergo his verbis ea liberatio, quam dixi, ut cum egi cum Sejo de ea summa, quam prius a Titio petere quidem poteram, quia adhuc debebat, sed exigere et consequi ab eo non poteram, quia non erat solvendo; deinceps posteriore petitione ita liberetur Titius, ut illam summam, quantacunque est (finge quinque ut in specie proposita, finge octo aut etiam novem, atque adeo tota decem integra) postea ab illo petere ipso jure non pos-

possim. Et hoc ita esse omnes concedunt, si quod ante exigere a Titio non potui, cum Sejo agens id ab eo consequar. De quo nec dubitari oportet, quamvis Sejus ex cautione sua et liberandi sui caussa solverit. Sic enim hic duo promissores sunt, ut sint non diversarum, sed ejusdem summæ promissores. Cui consequens est, uno solvente alterum liberari: sive quis hic duos reos esse dixerit, sive non esse. Non enim alia de caussa in duobus promittendi reis unius solutione tota tollitur obligatio, quam quod in utraque obligatione una res vertitur, §. *hujuscemodi*, *Inst. de duob. reis.* Hic autem in utraque eadem summa versatur. At quid, si Sejus conventus et condemnatus non solvat, quia pariter et ipse solvendo non sit? etiamne hoc casu a Titio, si postea solvendo esse cœperit, hoc idem petere non licebit, et mihi mea cautio qua a Sejo meum persequi institui, mihi nocebit? Hoc plerisque iniquum videtur, et a regulis juris abhorrens: ideoque hoc loco admittere non possunt; sed verba hæc, *si cum Sejo egero*, sic accipiunt: si egero cum effectu, et effectum interpretantur: si etiam agendo sim consecutus. Sed sententia Celsi manifesta est, statuentis liberationem Titii non in eo, si Sejus solverit, sed in eo, *si cum Sejo egero*. Quod si hoc ita accipi deberet, si et Sejus solvisset, non tantum dicendum fuerat, Titium liberari, si Sejus solverit; sed etiam ineptissime diceretur, eum liberari, *si cum Sejo egero*: cum etsi cum Sejo non egissem, tamen eo ultro et sine judicio solvente, nihilominus Titius liberaretur. Denique generaliter ait Celsus, *si cum Sejo egero*, nec adjicit, an solverit. Proinde sive solverit, sive non solverit, hoc sic accipiemus, ut Titius petitione mea liberetur. Sic enim quæ generaliter et indistincte scripta sunt, accipi debere declaratur cum alibi sæpe, tum maxime in *L. metum autem*, 9. §. *animadvertendum*: *supr. quod met. cau. L. item veniunt*, §. *petitam*, *vers. a quo*, *supr. de pet. her. L. de pretio*, *supr. de publici.* Neque vero ullo modo probandum est, ut verbum *egero* sic interpretemur: egero ita, ut sim consecutus. Nihil enim commune aut conjunctim habet actio cum solutione: cum et agere quis possit, ut nihil consequatur; et contra consequi sine actione, debitore nimirum ultro solvente. Non moveor, quod verba cum effectu accipienda sunt. *L. 1. supr. quod quis, jur. L. pen. §. docere, supr. ne quis eum qui in jus voc.* Nam et egisse vere, ac cum effectu dicendus est, qui judicio eo usque egit, donec lis (idest, actio, si quidem litis nomen omnem actionem significat. *L. litis, infr. de verb. sig.*) finem acciperet. Quod fit non solutione, sed sententia judicis, qua reus vel absolvatur, vel condemnetur *L. 1. infr. de re jud.* Et quidem exceptio rei judicatæ tunc solum reo competere dicitur, cum judicio cum eo actum fuerit. §. *item si*, *Inst. de exc.* Constat autem huic exceptioni locum non esse, nisi absoluto reo. Quo declaratur, etiam absoluto reo recte et proprie ac cum effectu dici, judicio actum esse. Quare dubium esse non potest, quin quod dicit Celsus, *si cum Sejo egero*, postea a Titio peti non posse, hanc sententiam habeat, Titium ea petitione liberari: ergo liberari, non si Sejus solverit, sed contra si non solverit: quo dici vere possit Titium petitione liberatum, non solutione. Cujus liberationis ratio postea exponetur. Prius tertium illud quod in hoc responso esse dixi, et temperamentum hujus liberationis continet, consideremus.

† Et non simpliciter Celsus ait, si cum Sejo egero, liberari Titium in eam summam, quam a Titio exigere non potui; 11
sed addit, quam exigere non potui *eo tempore*, *quo judicium inter me et Sejum acceptum est.* Hoc eam significationem habet: ut si alias plus minusve a Titio exigere non potui, nihilo secius solum spectetur id, quod fuit tempore litis cum Sejo contestatæ: eoque nec in id quod aliquando amplius fuit, Titius liberetur: neque id quod fuit minus, minuat: hujus temporis liberationem. Quod, admissa supra scripta liberatione, manifestam rationem habet. Vult enim Celsus Titium liberari petitione mea, quæ cum Sejo instituta sit. Atqui quam summam a Titio exigere non potui eo tempore, quo judicium inter me et Sejum acceptum est, animadvertendum est, eam ipsam summam esse et solam, quam a Sejo petii, quam eandem jure potui petere: nihil enim debet Sejus, nisi quod a Titio consequi non possim. Ita hujus summæ petitione Titium liberari Celsus intelligit. Hoc si ita est: consequens est, neque ultra quam in eam petitionem deductum sit, Titium liberari, quia ultra id quod petitum est, nulla sit petitio: quantacunque ante fuerit summa, quam ab illo non potuerim exigere: et rursum quatenus in petitionem deductum erit, in tantum nasci liberationem, tametsi aliquando minor summa fuerit, quam a Titio exigere non potuerim: scilicet ut ne-

neque extra caussam quæratur effectus, et ubicunque illa est, ibi ea suum effectum teneat. Utriusque partis exempla hæc sunt. Ac primum plus me antea exigere non potuisse propone hoc modo. Cum decem petiissem a Titio, et eum excussionem: primo nihil potui ab eo consequi, quia in totum solvendo non erat. Post auctus facultatibus cœpit facere posse quinque, et ita factum est, ut cum prius non potuissem exigere ab illo integra decem, nunc sola quinque non possim exigere. Atque hoc tempore cum Sejo agere institui, et litem cum eo sum contestatus. Celsi sententia est, hac petitione mea liberari Titium: non tamen in decem, quæ aliquando ante ab eo exigere non potui; sed in quinque solum, quæ non potui exigere eo tempore, quo judicium inter me et Sejum acceptum est. Cur ergo in hanc summam potius, quam in illam, cum pariter verum sit me utramque non potuisse a Titio exigere, nempe quia sola hæc quinque petii a Sejo, non illa decem. Absurdum vero est dici, quemquam hac petitione ultra summam petitam liberari: cum ultra eam petitio nulla sit. Ut autem in hac specie petere tantum possim quinque, non illa decem quæ quandoque exigere non potui, verba stipulationis faciunt. Nam his verbis: Quod a Titio consequi non potero, Seji dabis? non solum stipulor sub conditione, si consequi a Titio non potero, sed etiam id ipsum, quod consequi non potero. Etsi secundum conditionem dici potest, cum primo decem consequi non potui a Titio, commissam esse stipulationem in decem: tamen quia ante quam ea peterem, cœpi ex parte ea posse a Titio consequi, ideo hæc jam tota petere a Sejo non possum: quia eo tempore quo agitur, quatenus a Titio consequi possum, non subest res, quæ in stipulatum deducta erat. Quemadmodum si stipulatus essem a Sejo, quod Titius deberet, et prius quam a Sejo peterem, Titius totum aut partem debere desiisset. Nam et hic quod ille jam non deberet, a Sejo petere non possem: quia debitum esset exstinctum, res videlicet stipulatione comprehensa. Finge e converso prius summam, quam non potui a Titio exigere, minorem fuisse, quam tunc cum adversus Sejum litem sum contestatus. Eveniet hic quoque, ut minor prior summa posterioris liberationem non minuat, hoc modo: Si cum Titius excussus esset, repertus sit non esse solvendo, postea locupletior factus sit ad quinque, ut jam sola quinque essent, quæ ab eo exigere non possem: sed cum me ignorante id factum esset, ego ab eo non petierim; et interim desierit solvendo esse, ut ante: aut cum scirem locupletiorem factum, prius quam possem ab eo petere, repente facultatibus lapsus sit. Fingimus Titium ab initio non fuisse solvendo, ut intelligatur nullam in me culpam esse, si ei postea non instití, a quo me consequi posse non putarem. Nam si ab initio repertus esset idoneus, neque ab eo exegissem, non progrederemur longius: quia cessatio mea mihi noceret, quominus a Sejo petere possem, ut supra ostendi. *L. si fidejussores in id, infr. de fidejuss.* Quod postea locupletiorem factum fingimus, deinde rursum desiisse esse solvendo, eo spectat, ut declaretur, quomodo accidat, ut quod prius a Titio exigere non potui, puta, quinque tantum, minus sit eo, quod non potui exigere postea tempore litis cum Sejo contestatæ, nempe decem tota: quam speciem proponi nunc volumus. Quod exigimus, ut Titius solvendo esse desierit, priusquam scissem solvendo esse factum, aut possem ab eo petere, eandem rationem habet, quam supra reddidi: quia hoc modo fit, ut Sejus in eam summam posteriorem quæ major est, teneatur. Alioqui non tenetur. *d. L. si fidejussores*, Cum hæc ita erunt, si eo tempore agam cum Sejo, et quæratur in utram summam liberetur Titius, minoremne priorem, an in majorem posteriorem: Respondet Celsus liberari in hanc posteriorem: idest, eam quæ fuit eo tempore, quo judicium cum Sejo acceptum est: eadem illa ratione, videlicet, quam initio posui: quia hanc petii a Sejo, quam eodem tempore a Titio exigere non poteram; non priorem, quæ minor erat. Majore petita, si Titius petitione liberatur, perspicuum est eum in majorem quæ petita est, liberari. Sed in his quæ diximus, an non saltem hoc casu definitio Celsi falsa erit? Nam si in specie proposita culpa mea consecutus non essem illa quinque, quæ prius poteram a Titio consequi, dixi, quamvis Titius ea ipsa postea facere desiisset: tamen nihil me amplius a Sejo petere posse, quam altera quinque, quæ prius consequi non poteram. Quibus solis petitis, non potest dici Titius in majorem summam liberari. Atqui hinc eventurum est, ut si eo tempore quo cum Sejo agere cœpi, integra decem a Titio exigere non possim: non tamen liberetur Titius in eam summam, sed in quinque duntaxat, neque adeo in majorem summam possit liberari. An non igitur inquam, saltem hoc casu falsum erit, quod Cel--

Celsus definit, si cum Sejo egero, Titium in tantum liberari, quantumcunque est, quod a Titio exigere non potui eo tempore, quo lis cum Sejo contestata est? Et si persona Titii tantum hic spectetur, definitio hoc casu falsa sit. Cum hoc enim solo si agatur, re vera ab eo exigere non possum, quod ego ab illo possum petere, ipse autem præstare non potest. Sed si etiam Seji in hac potestate ratio habetur, vera est definitio. Cum hoc enim agendo et petendo quod a Titio exigere seu consequi non possum, videor a Titio exigere posse id, quod prius potui, si per me factum sit, quominus possem. Itaque definitio recte sic accipietur: quantumcunque est, quod a Titio, habita etiam Seji ratione exigere non potui, tantum postea a Titio petere non possum. Quæ de his dicta sunt, quæ ante litem cum Sejo contestatam in facultatibus Titii contigerunt: eadem et de his dicenda sunt, quæ acciderunt postea: ut quemadmodum illa, sic nec ista spectentur ad eam liberationem Titii, de qua loquimur. Itaque nec si Titius postea minus facere cœperit: in majorem summam liberabitur, quam in eam, quam a Titio exigere non potui tum, cum egi cum Sejo, eamque ab illo petii: Nec si postea locupletior factus facere posse cœperit, quod ab eo ante exigere non poteram: eo minus liberabitur in eam summam, quam a Sejo petii. Utputa, cum quinque a Titio consequi possem, alia quinque non possem, necdum tamen ab eo quidquam exegissem: petii a Sejo quinque illa, quæ a Titio me exigere non posse constabat. Deinde etiam minus quam quinque facere posse cœpit Titius, atque adeo in totum desiit esse solvendo. Non ideo liberabitur in majorem summam, quam quinque, quæ tempore litis cum Sejo contestatæ exigere ab illo non potui: eadem illa ratione: quia hæc sola petii a Sejo, neque hac petitione potest quisquam liberari, ultra quam in eam deductum est. Contra, a Sejo decem petii, quæ tota a Titio consequi non poteram. Etsi proponas Titium postea in tantum facultatibus actum esse, ut posset solida decem præstare: tamen ea res non efficiet, quominus in tota decem quæ a Sejo petii, liberetur. Petitione enim ipsa a principio liberatus cum sit: non potest ullo eventu fieri, quin sit liberatus. Dixi, si Titius postea minus plusve facere cœperit, non autem si a Titio postea minus aut plus exigere potuero: quia si petitione mea liberatur Titius, non possum dici quidquam ab eo exigere posse, etsi possit, si velit, præstare.

Recte igitur dicitur, si cum Sejo egero, et hac petitione liberatur Titius in id quod ab eo exigere non potui: non liberari eum, nisi in id quod exigere non potui eo tempore, quo judicium inter me et Sejum acceptum est: quod quam vim et rationem habeat, expositum est. Sed conditio est hæc, si hac petitione liberatur Titius in id, quod ab eo exigere non potui. Celsus autem aperte dicit id me postea a Titio petere non posse. † In quam sententiam 12
restat, ut inquiramus. Quominus enim id statuatur, omnia videntur adversari. Ex decem promissis a Titio exigere non potui quinque, quia hactenus solvendo non erat. Sed non eo minus illa ipsa quinque debuit: ut ab initio. Quomodo ergo si a Sejo ea petam, et nec is solvat, Titius liberetur? Sic jus est: rebus integris non nisi solutione aut satisfactione quemquam liberari. *L. si rem*, §. *omnis*, *infr. de pig. act.* Non ergo si petam a debitore, et ille non solvat, aut aliter mihi satisfaciat, ideo liberabitur. Et quomodo petitio mea mihi noceat, quæ in hoc comparata est, ut mihi prosit? Denique receptum est, neminem persequendo deteriorem caussam suam facere, sed meliorem. *L. non solet*, *L. nemo enim*, *infr. de reg. jur.* Quid, si etiam initium hujus loci refragatur, quominus id statuamus? Nam, Titio a me convento, prius negavit Celsus liberari Sejum. An non idem mutata persona valet, ut Sejo convento, nec Titius liberetur? Nihil ad rem expediendam facit, quod olim respondit Azo, ideo in hac specie, Sejo a me convento, liberari Titium, quia videar hac petitione pactus esse, ne a Titio idem peterem. Nam neque hoc verum est, nec si verum esset, id quidquam prodesset Titio. Primum non quia egi cum Sejo, petendo quod a Titio consequi non poteram: ideo Titium liberare volui. Coactus enim a Sejo petii: quia non poteram consequi a Titio. Nulla remissionis aut liberalitatis significatio est in eo, quod quis facere necesse habuit. *L. rem legatam*, *infr. de adim. leg.* Tum autem etsi tale aliquid essem pactus: non ideo tamen liberaretur Titius: quia pacta inter alios interposita aliis non prosunt. *L. si unus*, §. *pacta*, *vers. ante omnia*, *supr. de pact.* Nec simile est exemplum ejus creditoris, qui cum unum ex fidejussoribus posset eligere in solidum. Quia cæteri solvendo non erant, egit etiam cum aliis, et actionem inter eos divisit: post quam petitionem placet creditorem ad eum fidejussorem, qui solvendo est, postea in soli-

solidum redire non posse. *L. liberum*, *C. de fid.* Voluntate enim sua divisit actionem, qui si vellet, poterat totum ab uno consequi. Hic mihi non est liberum a Titio exigere solidum, ut dicar, si ex parte agam cum Sejo, divisisse actionem, et hoc modo Titium hactenus liberasse. Non enim alia de caussa ago cum Sejo, quam quod id quod ab eo peto, a Titio consequi non possum. Itaque cum hæc ratio liberationis displiceret Joanni, neque aliud ei occurreret ad liberationem hanc introducendam: eo adductus est, ut diceret non magis hic Titium liberari, si cum Sejo egero, quam liberatur Sejus, si a Titio petiero: sed esse hanc responsi summam, cum utro ex his prius egero, hac petitione pariter non liberari alterum. Quod et Bartolus difficultate objectionum victus, secutus est, deinde et hoc auctore alii plerique. Sed alterum fieri potest, ut verum sit, quod dicunt, si cum Sejo egero, nec liberari Titium. Alterum non potest recipi, ut ex verbis hujus responsi hæc sententia statuatur. Ait enim Celsus me postea a Titio petere non posse, quod ab illo exigere non potui. Isti dicunt, me nihilominus posse a Titio petere, inversa plane sententia. Quod in verbis tam diserte, et tam latine scriptis non videre, pudendæ inscitiæ est. Hac igitur liberatione retenta, quam hic statui ex verbis apparet, quidam tentant eam defendere novationis jure: quasi nova persona interveniente, quæ idem promittat, novatio facta sit prioris obligationis, ut jus olim fuit. §. *præterea*, *Inst. quib. mod. tol. obl.* Sed aperte Celsus in specie proposita novationem repudiat, cum ait, Titium liberari petitione mea, et liberari in id quod ab illo exigere non potui tempore litis cum Sejo contestatæ. Nam si novatione liberaretur: dicendum fuit, liberari eum non tunc, cum litem cum Sejo sum contestatus; sed jam tunc, cum certum esse cœpit, me ab illo quid consequi non posse, quoniam tunc conditio stipulationis novantis exstitit. Dicendum etiam liberari eum in eam summam; quam tunc a Titio exigere non potui; non in eam quam exigere non potui alio tempore. Et vero in hac specie etiam ex jure vetere novatio intelligi non potest. Non enim ne hoc quidem jure satis fuit ad novationem, si quod mihi aliquis debet, alius stipulanti mihi promittat; sed accedere oportuit, ut promitteret idem, et tantundem. Aliter nulla erat novatio: veluti si fundum certum a Titio stipulatus, aut partem ejus fundi stipuler ab alio, aut quod idem valet, eumdem fundum detracto usufructu: quo casu priorem stipulationem non novari diserte scriptum est, idque ex sententia juris antiqui in *L. eum qui ita*, §. *pen. infr. de verb. oblig.* Quod ipsum in proposito contingit, ubi Sejus, quod a Titio consequi non potero, promittens alias tota decem, alias quinque, alias minus, interdum etiam nihil promittere intelligitur, prout varie Titius non
erit solvendo. Quid ergo est? † Dicendum 13
est vere liberationem Titii a Celso hic statui: liberationis autem caussam in eo esse, quod cum constitit Titium in quinque non esse solvendo, ea Sejus debere cœpit ex conditione stipulationis. Ita eventu duo rei esse cœperunt. Quo posito, locus fit sententiæ veterum, qui putabant, si cum uno ex duobus reis promittendi agi cœperit, ea petitione alterum liberari. Quod placuisse Paulo licet colligere ex ea ratione, quam reddit in *L. decem*, *infr. de verb. obl.* in qua eadem sententia Celsum fuisse hic locus probat: utpote qua non posita, neque in priore parte hujus responsi ulla dubitationis caussa probabilis reperiri potest: neque posterioris definitio potest ullo modo defendi.

† Sed sunt, quæ huic sententiæ oppo- 14
nantur; partim scripta de hac ipsa specie, partim in universum tradita de petitione adversus unum ex duobus reis instituta. Si de hac specie quæritur, Paulus in *d. L. decem*, negat in hac specie duos reos esse: sed negat esse ab initio tunc, cum Titius nondum excussus est. Et recte negat: nam quandiu incertum est, an a Titio promissum consequi possim. Sejus nihil debet, eoque debendi reus non est. Sed cum uterque idem debere cœpit, quod fit, cum a Titio quid exigere non possum: res eo deducitur, ut in eam summam, quæ pariter ab utroque debetur, duo rei esse incipiant. At rursum idem Paulus in *L. si decem*, *infr. de sol.* diserte scribit in eadem hac specie, etsi cum Sejo prius egero, Titium in nullam partem liberari. Nihil id huic loco adversatur: in quo intelligimus cum Sejo secundo promissore actum esse recte, et ex conditione stipulationis: quod fit, cum agitur tunc, cum jam actum esset cum Titio, et constitisset me ab eo quinque consequi non posse. Differentiæ ratio in promptu. Nam si Titio prius non convento et excusso cum Sejo agi non potest, ut non potest: *d. L. decem*, *in fin. de ver. obl.* quæcunque adversus eum petitio primum instituitur, eam nullam esse necesse est.

Por-

Porro ex inutili et nulla petitione Titius liberari non potest. Cum autem prius cum Titio actum est, cœpitque intelligi ab eo quinque exigi non posse, tunc obligatur Sejus, eaque summa recte ab eo petitur. Hac petitione, quæ vere petitio est, non mirum, si alium liberari posse dicimus. Sed ut de hac specie nominatim contra nihil dicatur: attamen de pactione adversus unum ex duobus reis instituta exstat hæc definitio compluribus locis in universum tradita, hac petitione alterum non liberari. Sic enim dicitur liberari alter, si is qui conventus est, præstiterit, ut in *L.* 5. *in fin. infr. com.* alibi, si cum uno actum sit, et solutum, ut in *L. si ex toto*, 8. §. 1. *infr. de legat.* 1. alibi ne qua sit hæsitatio, aperte scriptum est, non liberari alterum, si cum altero agatur: non enim electione eos, sed solutione liberari, ut in *L.* 1. §. *si apud*, *infr. dep.* Dicimus non esse hæc argumento, Celsum idem sensisse. Etsi enim fuerint ex veteribus, qui putarent unius ex promittendi reis electione non liberari alterum: facile tamen probari potest, fuisse et quidem frequentius, qui putarent liberari. Inepta Pauli defensio est in *L. decem*, *de ver. ob.* nisi hoc pro jure certo, quod ipse agnosceret, posuerit. Ejusdem definitio est in *L. qui servum*, *vers. nec hæc inter se*, *supr. de interrog.* uno ex duobus reis debendi convento, alterum quoque liberari. Sed et hanc veterum sententiam fuisse aperte declarat. *L. ult. C. de fid.* qua Justinianus etiam in duobus reis promittendi se constituere ait, ne ex unius rei electione præjudicium creditori adversus alterum fiat. Frustra, nisi aut ita jus vetus fuit, aut certe de eo veterum dissentiones fuerunt. Adde, quod ea constitutio cum sit una ex quinquaginta decisionibus Justiniani, ad emendationem juris veteris aut veterum dissensiones componendas comparata est. Hæc emendatio nisi in eo quod fuit, consistere non potuit. Nec dubium est, quin unius electione liberari alterum senserint plures, quam
15 supra scripti loci ostendunt. † quod ex *d. L. si ex toto*, §. 1. *de legat.* 1. potest constare. Perspicuum est enim pro his verbis, *si cum uno actum sit*, *et solutum*, *alter liberatur*, quæ verba initio illic leguntur, scriptum a Pomponio fuisse tantum, *si cum uno actum sit*, *alter liberatur*: ut sit sensus, unius electione liberari alterum. Nam si diceret, alterum liberari, si unus non solum conventus esset, sed etiam solvisset; supervacua esset et ridicula quæstio quæ sequitur, an si creditor partem ab altero petierit, posset reliquum ab altero petere. Plus quam enim stultum est dubitare, an si pars tantum ab uno petita sit, liberetur alter: cum etsi totum petitum esset ab uno, tamen prius constitutum sit, alterum non liberari. Sed hoc ita est: cum prius ita scripsisset Pomponius, *si cum uno actum sit*, *alter liberatur*: recte ex eo dubitavit, an pariter dicendum sit, alterum in solidum liberari, etsi cum uno de parte tantum actum sit. Et respondet non idem dicendum esse, nisi pro portione. Proinde reliquum quod petitum non est, ab altero quoque peti posse. Cum dicit ab altero peti posse reliquum: satis ostendit id ipsum quod ab uno petitum est, non item posse peti ab altero, itaque hac petitione alterum liberari: ut appareat locum a compositoribus Pandectarum interpolatum esse. Hæc aliorum sententia cum fuerit, sive omnium, sive plurium: nihil obstat, quominus idem quoque Celsus senserit. Et vero id eum statuisse jam ante ostendi: cum neque in priore parte responsi ulla fuerit probabilis dubitandi caussa, nisi hoc jure posito: neque posterior pars ullam defensionem habeat, nisi in hoc jure constitutam. Veruntamen hac veterum dissensione admissa, incidimus in hoc incommodum, ut fateri cogamur esse aliquid in Pandectis contrarium: quod Justinianus recipi vetat, et vero negat inventum iri, si quis subtiliter diversitatis rationem excutiat. *L.* 2. §. *contrarium*, *C. de vet. jur. enucl.* Ergo ut huic morem geramus, consultum est id dicere, quod Duarenus ad *d. L. decem*, *infr. de ver. obl.* dissimilibus in caussis superiora hæc responsa esse non sine certa differentiæ ratione: proinde contraria inter se videri non debere, neque eo minus verum esse, quod hic Celsum sensisse diximus. Summa autem hæc est, in bonæ fidei judiciis, et in legatis, uno ex reis debendi electo, alterum non liberari; in strictis judiciis contra. Et sane quod in *L.* 5. §. *ult. infr. com.* item in *L.* 1. §. *si apud*, *infr. dep.* scriptum est, uno electo, ita liberari alterum si conventus solverit: in bonæ fidei judiciis scriptum esse constat. Nam horum locorum in priore agitur de re duobus commodata; in posteriore de re apud duos deposita. Quod attinet ad *L. si ex toto*, §. 1. *de legat.* 1. agitur in ea de re legata a duobus heredibus ita, ut duo rei ejusdem pecuniæ fuerint. Legata propemodum bonæ fidei judiciis comparantur *L. in mino-*

rum

rum, C. in quib. cau. in int. re. nec. non est. quo scilicet plenius testantium voluntates exitum habeant, juxta regulam juris *L. in testamentis, infr. de reg. jur.* At de stricto judicio hic agitur, et in *d. L. decem, de verb. obl.* agitur enim de duobus reis promittendi qui constituuntur stipulatione. Ac quæ hinc actio nascitur, eam stricti judicii esse convenit. *L. in actionibus, in fi. juncta L. seq. infr. de in lit. jur.* Nec alterius generis actio est, quæ nascitur adversus eum, qui interrogatus in jure, se servum occidisse confessus est: de quo scribit Paulus in *d. L. qui servum, supr. de interrog.* Nec obstat, quod in *d. L. si ex toto, §. 1. de legat. 1.* dicitur: si cum uno ex duobus heredibus debendi reis actum sit et solutum, alterum liberari: quasi si duo rei promittendi essent, idem juris esset. Hoc enim eo dicitur, quia in duobus reis promittendi certo jure hoc evenit, ut unius solutione alter liberetur; sed non ideo consequens est, alio facto unius non posse alterum liberari. Differentiæ rationem si quis quærat, hæc reddi potest: quod humanius omnia et plenius æstimantur in bonæ fidei judiciis, utpote in quibus penditur res ex æquo et bono; aliter atque in strictis judiciis. *§. in bonæ fidei, Inst. de act.* Secundum quod dici potest subtilitate juris fieri, ut uno ex duobus reis convento, alter liberetur, quasi qui conventus est, esset solus: quod hujus obligationis natura exigit. Verum hanc subtilitatem in strictis judiciis recipi posse, ut fert eorum natura: in bonæ fidei judiciis ferri non debere, quia eorum naturæ adversetur. Sed hæc, ut locus hic Celsi intelligeretur, a me exposita sunt. Nam quod ad rem attinet, utrum id sentiat Celsus, quod dixi, quamquam rationem in eo habeat; et num etiam in eo diversa tantum, non contraria; et quamobrem non contraria veteres scripserint, supervacuum est hodie quærere post constitutionem Justiniani, *L. ult. C. de fid.* qua, veterum dissensionibus sublatis, in universum constituit, non unius ex duobus rei conventione et electione, sed tantum solutione alterum liberari, etsi duo sint rei promittendi. Qua constitutione, una etiam hic locus et si qui sunt similes, qui petitionis liberationem statuant, emendati et sublati sunt. Quid ergo in hujus loci explicatione tam multis opus fuit, alioqui, ut videtur, inutilibus? Et quæ de Sejo subsidiario promissore dicta sunt, quando cum eo agi possit; quæ sit necessitas primi debitoris conveniendi, et excutiendi; quæ in discutiendis ejus bonis forma servanda, valent etiam nunc omnia, et præcipuum usum obtinent hodie in fidejussoribus, mandatoribus, pignorum possessoribus conveniendis. In liberatione Titii, quam ex Seji conventione nasci hoc loco Celsus voluit, consilium fuit superiora persequi diligentius, ut loci dubitatione, et sententia plane cognita, sciremus, quid de ea parte, quantumque ex hoc loco sumendum esset: ne forte aliud, quod locus non dat, ut fit in locis obscurioribus non satis explicatis, hic anxie, et tamen frustra quæreremus. Spero etiam, ipsa per se obscuri responsi cognitio delectabit.

Ad §. Labeo ait.

Labeo ait, cum decem dari curari stipulatus sis, ideo non posse te decem dari oportere intendere, quia etiam reum locupletem dando, promissor liberari possit: quo scilicet significet, non esse cogendum eum accipere judicium, si reum locupletem offerat.

Refertur hoc responsum totidem verbis in *L. illa stipulatio, 67. §. 1. infr. de verb. obl.* ubi locus est a me expositus.

HUGO-

HUGONIS DONELLI
JURISCONSULTI
COMMENT.
AD TITULUM DIG. DE JUREJURANDO
SIVE VOLUNTARIO, SIVE NECESSARIO, SIVE JUDICIALI.

CAPUT I.

De jurejurando duæ quæstiones: Jurisjurandi extra litem et judicia usus, qui quidem effectum juris habeat.

SUMMARIA.

1. *Jurandi necessitas in contractibus nulla, et quasi contractibus.*
2. *Jurisjurandi vis in his ipsis.*

De Jurejurando duæ sunt omnino quæstiones, ad quas cogitationem et præcepta juris referre oporteat, cum de jure jurisjurandi inter privatos agitur. Una, an quis alio postulante cogendus sit jurare de re aliqua. Altera, si quis sponte juraverit, an servandum sit jusjurandum. Has quæstiones peperit utilitas, quæ ex his rebus percipitur. Sæpe enim accidere potest, ut nobis utile sit cogi adversarium jurare. In contractibus quidem eo, ut motus religione præstet, quod alioqui non deberet, aut non præstaret; in iis autem quæ adversus nos instituuntur, et in quibus metuimus illius affirmationem: ut religionem metuat, et potius quam pejeret, omittat id quod instituit, ac nobis molestus esse desinat. Illa vero perspicua est utilitas jurisjurandi si postquam juratum est, ratum est jusjurandum. Sic enim eveniet, ut in contractibus nobis prosit jusjurandum alienum; in lite autem nostrum: cum et illic qui juravit, se quid nobis præstiturum, nobis obstringatur; et hic fides nobis habeatur, steturque jurijurando, ut hoc modo statim omni onere et molestia probationis defungamur. Hinc ergo, ut dixi, natæ illæ quæstiones duæ, quarum una est in summa de necessitate suscipiendi jurisjurandi, altera de vi et auctoritate suscepti. De quibus aliud placuit extra litem in his, quæ consensu geruntur inter aliquos: ut in contractibus et conventionibus; aliud in lite ac judiciis, atque his quæ geruntur adversus invitos. † In rebus contrahendis, omnique 1
conventione, et omnino extra litem ac judicium, nulla cuiquam necessitas jurandi imponitur in re privata, altero postulante, quantumvis postulantis intersit sibi jurari, et adversarium obstringi religione ad firmandam fidem. Certe nusquam hanc necessitatem in his caussis [1] ullo edicto aut lege impositam legimus, et merito non est imposita. Constat enim contractus, omnisque conventio consensu. L. 1. *supr. de pact.* cui contrarium est cogi quemquam facere, quod nolit. Itaque ut cuivis liberum est ab initio contrahere. *L. sicut, C. de obl. et act.* sic et liberum esse debet jurare. Jurabant quidem olim se judicio stituros rei, qui eo nomine satisdare non cogebantur, ut significat Titulus, *qui satisd.*

1) Sane species singularis, ubi contractus juratus fieri jubetur, habetur in *Nov.* 120. *C.* 5. *pr. et C.* 6. §. 2.

tisd. cog. supr. non cogebantur autem, qui immobilia possidebant. *L. sciendum*, *eod. tit.* Sed fiebat hoc in cautione prætoria, idest, necessaria, et quæ litis ac judicii caussa interponeretur. *L.* 1. *infr. de præt. stip.* Nos de his agimus, quæ extra litem et judicium aguntur. Eadem fere quasi contractuum ratio, quæ et contractuum. Jurabat olim mater in suscipienda tutela filiorum suorum se ad secundas nuptias non venturam. Sed hanc necessitatem jurandi postea sustulit Justinianus novella lege, unde *auth. sacramentum*, *C. quand. mul. tut. off. fun. pos.* Quæ etsi nunc maneret; tamen hæc necessitas non esset necessitas, utpote quam mater sibi imponeret non necessariam tutelam appetendo: non appetendo autem evitaret. Certe a cæteris tutoribus, qui ad tutelæ munus vocantur, nullum de tutela recte administranda [2] jusjurandum exigitur. Curatores quibusdam in caussis excepti sunt ejusdem Justiniani constitutionibus. Etenim *Novell. ut hi qui obl. se hab. per.* a curatoribus minorum jusjurandum is exegit; sed necessitate suadente duabus in caussis. Una, si sit curator is, qui adjungatur, velut observator ei tutori aut curatori, cui cœpta administratione minor aliquid debere cœperit. *§. sed si quis.* Altera, si curator detur minori inopi. *§. ult.* Ab omni autem curatore furiosi, qui pater non sit, sine exceptione exegit jusjurandum. *L. ult. §. etsi quidem*, *C. de cur. fur. L. de creationibus*, *vers.* 1. *et*
2 *ult. C. de ep. aud.* † Sed et vis jurisjurandi [3] in contractibus prope nihilo major, si quis juravit se quid præstiturum. Nam ita fere hic jus est, ut si conventio per se non valet, jusjurandum hanc non confirmet, ut pariat obligationem: si valet, jusjurandum ei nihil addat. Quorum tamen utrumque quibusdam in caussis aliter observatur; sed his certis, et numero ita paucis, puta ad summum fere tribus, ut facile hæ exceptiones paucæ confirment, definitionem juris in eam sententiam esse, quam diximus. Ac quod ad obligationem attinet, una hac in caussa obligationem ex jurejurando nasci legimus, cum alioqui sine jurejurando obligatio nulla esset, si libertus patrono juraverit se operas, donum, munus præstaturum. *L. ut jurisjurandi*, *in pr. et vers. jurare*, *infr. de op. lib. L. si quis pro eo*, *infr. de fidejus.* Cum autem pactio sine jurejurando valet, animadverto quidem jusjurandum ad vim pactionis aliquid adjicere, sed duabus tantum in caussis: in transactione, et in minorum contractibus. Nam in transactione, si quis juravit se adversus transactionem nihil facturum: præterquam quod transactioni cogitur stare, quod sola conventione facere satis cogebatur: hæc etiam pœna adjicitur, ut qui contra veniendum esse putaverit, vel instituendo actionem, vel promissa non implendo, is et notetur infamia, et actione privatus, omnique commodo quod ex transactione consequebatur, hoc amplius etiam pœnam pactis insertam præstet. *L. si quis major*, *C. de trans.* In contractibus autem minorum hoc valet jusjurandum, ut sive juraverit minor se pacta servaturum, sive juraverit se majorem esse, quo facilius secum contraheretur: utroque modo sic obligetur jure Civili, ut et prætorio denegetur ei in integrum restitutio. Prius cautum est constitutione Frederici. *auth. sacramenta*, *C. si adver. vend.* Posterius in *L.* 3. *C. si min. se majo. dix.* Atque hæc vis est jurisjurandi in conventionibus jure civili. Alia Pontificio, quo jure hoc tribuitur jurijurando, ut sine exceptione valeat inter contrahentes, et [4] teneat eum, qui juravit, quod quidem fieri possit sine detrimento salutis æter-

2) De juramento tutoris an necessarium. et quid contineat, vid. Gutierrez *de tutelis et curis P.* 1. *C.* 12. *n.* 30. et seqq. Jo. Bapt. Asin. *Tr. de Exsecut.* §. 8. *C.* 8. *et C.* 133.

3) Fuse varieque hæc quæstio examinatur, quam nunc definire non fert institutum. Consentiunt fere Donello Duaren. *in Post. Com. hoc tit. Cap.* 1. Cujac. 22. *Obs.* 7. Mudæ *in §. item si* 11. *I. de act n.* 1. Vusius *ad L.* 9. §. 1. *h. tit. n.* 5. et seqq. Bronch. 2. *Ass.* 28. Fachin. 3. *Contr.* 12. Coras. *in L. admonendi* 31. *h. t. P.* 1. *n.* 12. Maranta *Speculi P.* 6. *Actu* 9. *de juram. n.* 34. Rulant. *de Invocat. utriusque brachii C.* 9. *n.* 9. Seraphin. *privil. juram.* 19. *n.* 3. Forst. *de Pact. C.* 8. *pag.* 227. et seqq. Contra Forcat. *Dial.* 53. Fortun. Garcia *ad C.* 1. *extr. de Pact. n.* 100. et seqq. Gutierrez. *de Juram. confirmat. Parte* 1. *C.* 34. *n.* 1. *in fin.* Sarmient 1. *Select. interpret.* 3. Vera erit posterior horum opinio, si ea solum ratione ex pacto nudo datur actio, quia non animo id deliberato initum. Verum illa ratio a multis rejicitur, vid. Frid. Martini *de jure Censuum C.* 3. *n.* 110. Enimvero DD. etiam illi, qui juramento promissorio vim obligativam negant, confirmatorio tamen plus fere tribuunt vid. Coras. *ad d. L. admonendi P.* 1. *n.* 25. et seqq. De cujus viribus absolutior exstat tractatus Joan. Gutierrez. *de Juram. confirmatorio.* An donatio conjugalis ita firmetur, vid. Tessaur. *Decis.* 32. *et* 111. Sc. Gentil. 3. *de Don. int. vir.* 25.

4) Vid. *C. debitores* 6. *h. t. C. quoties cordis* 9. *C.* 1. *Q.* 7. *etc.* Num autem via actionis, an officio judicis implorato, anne censura Ecclesiastica compellendus qui juravit, inter nostros non convenit, vid. Stich. *ad Rub. Cod. de Reb. cred. et jurej. n.* 17. Covar. *ad C. quamvis* 2. *de Pact. in.* 6. *P.* 1. §. 2. *n.* 5. Gutier. *de Juram. confirmat. P.* 1. *Cap.* 34. *n.* 2. *et* 3. Marant. *supr. dict. n.* 34. Civilis enim legislator omnia ex publica utilitate, quæ ex legum observatione, æstimans non patitur valere contra leges. Pontificibus præcipua animarum cura, ne qua perjurii occasio induceretur, A. Fab. 41. *Err. Prag.* 4. Coras. *ad d. L.* 31. *n.* 17. Garcia *ad. d. C.* 1. *de pact. n.*

æternæ. *c. cum contingat. ex. de jurej.* Sed si jusjurandum esset contra leges, recte putaverunt juris auctores non esse servandum, quodcunque esset id, quod prohiberetur. *L. non dubium, C. de leg. L. jurisgentium*, §. *si paciscar, in si supr. de pact.* Indignum est enim re sacra abuti ad oppugnandas bonas leges, ad quas potius confirmandas rem sacram adhiberi oportebat. Neque vero videtur licere judici etiam *ex verbo* (*) *Dei id jusjurandum* servare, si quis privatus ad legis auxilium et jussum revocet. Nam si Dei ordinationi resistit, qui magistratui resistit, ad Rom. 13. multo magis resistit, qui resistit bonis legibus, quæ imperant ac præsunt Magistratui, et in quibus sita est omnit potestas et auctoritas magistratus. *L. 1. et 2. supr. de legib.* Quod si jusjurandum non est contra leges: non tamen debet esse in potestate privati cujusquam, ut sibi actionem aut retentionem sumat in re aliqua propter adversarii jusjurandum extra quam illi jure facere conceditur. Ac magnæ caussæ sunt, cur non passim hæc tribuantur ex alieno jurejurando. Nota est enim hominum levitas cum in promittendo, tum in jurando. Huc accedit, quod jusjurandum alterius rei caussa adhibetur. Non abs re igitur absurdum putaverunt veteres, alias res jurejurando confirmari, quam quæ per se idoneam caussam haberent, cur essent servandæ. Grave quidem est pejerare, nec unquam vir bonus, quoad salva pietate liceat, id faciet. Sed hoc cuique apud se privatim æstimandum permittendum est, ut quale sit, quod juravit, et de ira Dei adversus contemptum ejus nomen cogitet; non etiam ideo adversario postulanti 5 actio aut exceptio concedenda, quæ jure illi propter justas caussas publice utiles non datur. Cum autem jure civili superiora constituta sint de necessitate jurandi, et vi jurisjurandi in contractibus ac negotiis gerendis: mirum videri non debet, si de jurejurando hujus generis neque hoc titulo, neque alio ullo ex professo agatur. Non enim potuit hic proponi necessitas jurandi, quæ jure nulla est: nec de hujus vi in universum agi, cum hæc non generi ipsi, sed certis tantum caussis, et his vix paucis tribueretur. Quam ob caussam merito fuit ad suas species hæc tractatio rejicienda. Ac ne nunc quidem de his dicemus hoc loco, nisi hoc ipsum vellemus intelligi, nullam in hoc genere istiusmodi necessitatem quærendam esse, qualem diximus: ac ne vim quidem ullam, præter eam, quæ exposita est. Simul rationem huic titulo et edicto prætoris constare: in quo cum disputatio instituatur de jurejurando, nulla tamen mentio sit istius, quod adhibetur in negotiis gerendis.

CAP.

105. et seqq. Et hoc jus Canonum servari debere in foro quoque sæculari volunt: cum in materia hac, ceu concernente perjurium et periculum animæ, Canonibus standum fit. Gutierrez. *in Rept. auth. Sacram. puber. n.* 14. Coler. *de Process. P.* 1. *C.* 10. *n.* 215. ubi hoc securius conscientiis esse statuit, itaque crebrius pronunciatum esse refert. Confer tamen Myns. 6. *Obs.* 62. *n.* 4. *et* 2. seqq. *ac not. supr. lib.* 21. *C.* 13. *N.* 15. *et passim.* Plane exsecutionem paratam non habere juramentum promissorium testatur ex communi, Coler. *de Process. P.* 3. *C.* 2. *n.* 13. ac de contractu jurato, Gutierrez. *de Jurament. confirmatorio P.* 1. *C.* 62.

5) Confer. *not. supr. lib.* 21. *C.* 13. *N.* 15. Quin nec naturalem obligationem ex nudo jurejurando oriri, sunt qui statuant, ut Sichard. *ad Rub. C. hoc tit. n.* 15. Cujac. 22. *Obs.* 7. ubi jusjurandum inutile nec pro pacto cedere, ut naturalem obligationem pariat, scribit. Contra tamen Coras. *ad L. admonendi* 31. *de jurej. P.* 1. *n.* 19. et seqq. Garc. *ad C.* 1. *de pact. n.* 106. P. Greg. 50. *Synt.* 4. *n.* 7.

(*) Verbum Dei juramenti Sanctitatem et religionem custoditam inviolatamque omnino vult. Ita enim Dominus Num. XXX. *v.* 3. præcipit: *Si quis virorum .... se constrinxerit juramento, non faciet irritum verbum suum, sed omne quod promisit, implebit.* Quousque autem vis et obligatio pertingat, qua quis divino Numini se obstrinxit juramento; non utique Donelli, sed Theologorum, et in primis canonici juris auctorum Summorum Pontificum munus est definire. Cui pontificio sive canonico juri standum esse prudentissime monet Hilligerus *hic N.* 4. Neque vero locus ille *ad Rom.* 13. quo frequentissime Donellus abutitur, contrarius est juri pontificio. Nam quemadmodum, ut docte atque erudite explicat Didac. Covarr. in *Cap. quamvis, de pact. in* 6. 2. *P. Relect. init. n.* 1. et seqq. *et* §. 1. *n.* 1. *et seqq.* ingenue fatemur minime servandum juramentum, si quando interpositum sit adversus leges, quæ quid præcipiunt quod est etiam juri naturali consentaneum; aut illi contrarium prohibent; item quod sit adversus leges civiles, quæ aliquid jubent aut vetant propter utilitatem publicam primario; et præcipue: Ita negamus omnino, quod attinet ad juramentum adversus illas factum, eandem esse vim atque auctoritatem Legum Civilium, quæ actum tantummodo prohibent et præcipue propter favorem privatorum. Cujusmodi leges sunt, adversus quas urgent juramenti vim et sanctitatem Romani Pontifices in jure Canonico. Vide, ne actum agamus, quæ disputata sunt a doctissimo Hilligero adversus Donellum *supra, Commentar. Jur. Civ. Lib. XXI. Cap.* 13. *N.* 14. *et* 15. et hic observata *N.* 4. Consule etiam Emmanuelem Gonzalez in *Commentar. Cap. Cum contingat, ex de jurejur. n.* 11. Petrum Gregorium in *Syntagm. jur. univ. Lib.* 50. *Cap.* 5. Gutierrez in *Relect. Auth. si Sacramenta, Cod. si adv. vendit. n.* 9. *usque ad n.* 31. *et n.* 35. *ad n.* 38. Petrum Barbosa *ad tit. D. sol. Matrim. L.* 1. *P.* 1. *a n.* 61. *ad* 71.



C A P. II.

Jurisjurandi in lite et judiciis usus, tum genera, De jurejurando Calumniæ, Testimonii, Purgationis, Judicio sistendi caussa, litis decisionis.

S U M M A R I A.

1. *Edicti et tituli de jurejurando summa.*
2. *Remedia expediendarum litium tria, et in his cur maximum, Jusjurandum: L. 1. exposita.*
3. *Jusjurandum deferre adversario utile, etsi periculosum.*
4. *Titulus de jurejurando cur inter res creditas.*

SIcubi ergo jure civili ulla necessitas est suscipiendi jurisjurandi, cum delatum est, aut sicubi præstitum in universum servari placet: id in lite ac judiciis receptum est; non alibi. Et vero utraque hac in lite et judiciis constituta sunt. Sed neque recepta in omnibus caussis, neque in omni jurejurando, neque iisdem conditionibus. Variantur hæc pro genere jusjurandi. Proinde genera ipsa nobis distinguenda, et separatim cognoscenda sunt. Distinguuntur autem hæc ex fine atque usu jurisjurandi. Jusjurandum omne in lite, ut est usus ad quem adhibetur, ita duplex est. Interponitur enim aut religionis solius injiciendæ caussa, aut [1] litis et controversiæ decidendæ gratia. Religionis injiciendæ caussa interponi dico, cum id agitur solum jurejurando, ut qui dicit quid, aut postea dicturus est, excitetur ad verum dicendum religione, et a falso deterreatur. Quod cum dicimus, statim intelligitur hoc dicere nos, quod jusjurandum hujusmodi est, etsi maxime ultro præstitum sit; tamen sola fide et religione jurantis contineri; ad ea autem, quæ juratus dixit, confirmanda nullam vim habere: ut si hic ageretur tantum de vi, nihil esset, cur de eo interponendo laboraremus. Sed cum expediat nobis eum, qui quid dicturus est, religione teneri, ne falsum dicat: vel ob hanc caussam interest nostra quæri, num necesse sit id interponi, cum exigitur. Et placet necesse esse: verumtamen ne hoc quidem passim, ut in omni eo, quod quis dicit in judicio: sed certis tantum in rebus, et certis tantum partibus litis. Et hujus generis jusjurandum receptum est triplex in litibus; calumniæ, testimonii, et quod vulgo non male vocatur, purgationis. Jusjurandum de calumnia semper initio litis a litigatoribus et patronis ita exigitur, ut his delatum detrectare impune non liceat. *L. 2. C. de jur. prop. ca. dan. L. rem non novam, §. patroni, C. de jud.* nonnunquam et postea in certa aliqua parte litis: ut, ab eo qui jusjurandum defert. *L. jusjurandum* et ad §. *qui jusjuran. hic*: de quo post suo loco. Testimonii veri jusjurandum similiter exigitur a testibus, priusquam dicant testimonium. *L. jurisjurandi, C. de test.* Purgationis [2] jusjurandum vocant, cum reus alioqui ab actore non convictus, tamen purgandi sui caussa jurat rem ita se habere, ut dicit. Quod paucissimis quidem in caussis; in quibusdam tamen, conditione earum caussa-

1) Vult. *ad §. item si* 11. *ipsi* 10. *I. de act. n.* 8. Judiciale interponi vel ordinandæ litis caussa, ut calumniæ, dandorum et respondendorum, testium, personarum judicii, cautio juratoria, etc. vel finiendæ. Ut suppletorium in litem, decisorium, purgationis, super expensis, etc.

2) *L.* 4. §. 3. *D. de edend. C.* 1. *et* 2. *C. inter solicitud.* 10. *extr. de purgat. Can.* Ita dicitur, quod per id reus suspiciones elidendo conscientiam suam purget. Cui præcipue locus in caussis arduis, civilibus et criminalibus, ubi indicia et suspicio contra reum, Beust. ad *Rub. D. h. t. n.* 195. et seq. et in *L. admonendi* 31. *h. t. n.* 143. et seqq. Sanxitque Elector Sax. Augustus *Nov. sua.* 22. *P.* 1. quod et in civilibus, ubi gravior contra reum suspicio, ex officio judicis deferri debeat. Ejus usus in matrimonialibus crebrior. Notatque Sueidv. in §. 11. *I. de act. n.* 32. *post. gl. et* Panor. debere ibi reo neganti deferri, etsi actor nihil probet: declarans tamen, modo subsit aliqua suspicio vel præsumptio pro matrimonio. Ac quod ei locus tunc sit, etsi concubitus non intercesserit, judicatum refert, Moller. ad *d. Nov.* 22. *ac seq. n.* 10. De hoc jurejurando Pa- plura expetens adeat, Bargal. *Lib.* 4. *de Dolo C.* 9. Pa- cia *Lib.* 1. *de Probat. C.* 39. *n.* 11. et seqq. C. 71. Myns 2. *Obs.* 87. Wes. *Cons.* 98. *n.* 26. et seqq. P. Heig. *P.* 1. *Q.* 40. *tota* Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 8. *n.* 75. *ad seq. et P.* 2. *Q.* 3. (ubi disquirit nunquid reus necessitate hujus præstandi, suscepta probatione innocentiæ, se exsolvere possit) Forster. de *Jurisd. Rom. P.* 2. lege Mumæ. 3. *p.* 444. et seqq. ubi quoque de variis purgationum generibus antiquis tractat: de quibus, et Cujac. *Lib.* 1. *de Feud. p. m.* 37. *ac seq.* Phil. Camerar. 2. *Oper. succisiv.* 18. Rad. Forner. 6. *Rer. quotid.* 28. Jo. Georg. Gœdelman. *Lib.* 3. *de Magis C.* 5. Nicola. Remig. *Lib.* 3. *Dæmonolatria C.* 9. P. Heig. *P.* 2. *Q.* 39.

sarum ita quodammodo exigente, reus subire cogitur: quæ his fere locis occurrunt. *L. præsenti*, §. *sicubi*, *C. de his qui ad eccl. con. auth. novo jure*, *C. de pæ. ju. qui. ma. jud. L. ult.* §. *sin autem dubitatio*, *C. de ju. dom. imp. L. ult. C. de fid. inst.* §. *ut autem*, *Nov. ut hi qui. obl. se hab. per.* Cum unum aliquod ex his imponitur, necesse quidem est id præstare: sed præstitum non eam vim habet, ut aut juranti prosit secus, quam si non jurasset, aut aliis noceat. Nam et postquam juraverint litigatores nihil se calumniæ caussa dicere aut facere: tamen veritati locus superest in judicio, ut et actori reum convincere, et reo actorem refellere liceat. Licet et testes quantumvis juratos falsi coarguere. *L. ult. C. de test.* Sed nec quisquam jurijurando rei, quod ad purgationem sui deferente judice juravit, stare cogitur, ut declaratur in *d. auth. novo jure*, *C. de pæ. jud. qui mal. jud.* Ac ne in re quidem dubia id jusjurandum jurantem liberat: cum verius eum liberet etiam sine jurejurando regula juris, quæ efficit, actore non probante reum obtinere, etsi nihil ipse præstiterit. *L. qui accusare*, *C. de eden.* ut appareat recte dictum a nobis, hoc genus jurisjurandi injungi solius religionis injiciendæ caussa: cum huc spectet, ut qui jurat deterreatur a falso metu religionis, extra autem hunc metum non progrediatur. Superioribus istis generibus fortasse quis non male quartum addiderit, quod judicio sistendi caussa a reo in jus vocato olim interdum exigebatur, ut significatur in inscriptione *tit. supr. qui. sat. cog.* Nam et hoc necesse erat præstari, si quis vitare vellet, ne statim in jus duceretur. Sed præstitum non majorem vim habuit, quam si nuda cautione idem promissum esset. Hic enim erat exitus, ut qui juratus non stitisset judicio, teneretur in id quod actoris interest. Nam nec tenetur aliter, qui præter cautionem dedisset fidejussores. *L. 2.* §. *ultim. supr. qui sat. cog.* Atqui eodem modo ageretur adversus eum, qui simpliciter quid cavisset. *L. quoties quis*, *infr. de ver. obl.* De his generibus nusquam uno et proprio titulo agitur: quia singula ad certas res tantum, cærtasque partes litis tantum pertinent. Ideo et ad illas remittuntur, ut intelligatur, quid et a jurejurando præstandum sit in singulis ad ritum et ordinem singularum. Quapropter et hoc totum genus ab his titulis de jurejurando, qui sunt in Pandectis et Codice, remotum est. Litis decidendæ caussa interponitur jusjurandum cum defertur uni ex litigatoribus de re controversa, ut vel juret, exempli gratia, sibi deberi actor, vel reus se non debere. In hac delatione hic animus est deferentis, ut fides habeatur juranti, ac propterea quasi re probata a lite discedatur. Et hoc jusjurandum jure duplex est. Est enim, cum nullum ob delictum adversarii, sed ob solam decisionem litis interponatur. Est, cum interponatur ob delictum seu culpam debitoris, litis quidem decidendæ caussa; sed tamen maxime, ac præcipue debitoris coercendi. Prius est, de quo tractatur hoc titulo *L. 1. hic.* De posteriore agitur titulo sequenti. Est enim id, quod appellatur in litem, cui sola caussam præbet culpa debitoris. De his ergo suo ordine agemus. Cui sola litis decisio proposita est sine delicto adversarii, id utrumque illud complexum est, de quo proposuimus, necessitatem dico, et vim jurisjurandi: ut delatum necesse sit præstare, et præstitum valeat. Utrum-
que tamen suis conditionibus. † Sic enim 1
de eo cautum est edicto, ut si quis jusjurandum deferat adversario, ut juret ita esse, ut dicit: adversarius aut jurare debeat, aut habeatur pro convicto. *L. jusjurandum*, *et ad*, §. *ait*, *L. manifestæ*, *hic.* Quod si conditione delata juraverit: placet ita ei servari jusjurandum, ac si plane probasset, quod dixit. *L. 5. in pr.* §. *dato*, *hic.* Quæ summa est edicti et juris hac de re constituti.
† Quo recepto, intelligitur, quale sit, 2
et quam verum, quod scribitur in *L. 1. hic.* [3] maximum remedium expediendarum litium in usum venisse jurisjurandi religionem. Recte maximum remedium: ut quo, si velimus, lis nobis statim, idque invito etiam adversario decidatur. Tantum enim deferamus jusjurandum adversario: statim condemnatio aut absolutio sequetur. Sit enim reus, cui defertur: si non jurat, pro convicto est; si jurat, pro absoluto habetur. Sit actor: eo jurante condemnatur reus; non jurante absolvitur. In condemnatione autem, aut absolutione rei omnis litis et controversiæ finis

3) Novissimum refugium *Nov.* 73. *Cap.* 4. Finis omnis controversiæ ut Apost. Hebr. 6. *v.* 16. Et Rhadamantum olim lites jurejurando finivisse scribit Plato, *Dial.* 11. *de LL.* Unde Gr. ὅρκος q. ἕρκος idest sepimentum vel quasi ὅρος, finis ac terminus controversiæ, Io. Guil. Stuck *Descript. sacror. sacrificiorumque Gentil. f.* 91. Atque de hoc decisorio jurejurando solum loquuntur *tit. D. et Cod. de jurej.* quatenus controversias inter duos pluresve eo dirimuntur, Vult. *Disc. scholast. C.* 7. *p.* 67.

finis consistit. *L. 1. infr. de re jud.* Atque ut hoc certum remedium est litium expediendarum: ita etiam vere, ac nòn tantum amplificandi caussa dictum est, esse maximum per comparationem, ut intelligeretur ex omnibus aliis ejusdem generis esse maximum. Tria sunt enim remedia expediendarum litium jure civili recepta, judicium, transactio, jusjurandum. Rebus judicatis constat stari oportere, nisi sit provocatum. *L. cum prolatis, infr. de re jud.* Idem valent transactiones. *L. non minorem, C. de trans.* Idem et jusjurandum. *L. 1. L. 2. hic.* Ita remedia hæc ejusdem rei pariter omnia: sed ex omnibus maximum, idest, paratissimum et expeditissimum [4], jusjurandum. Judicium namque etsi est etiam adversus invitos: tamen longum esse solet, et multas molestias secum adjunctas habet. Transactio etsi utilis interdum, non tamen est cuivis expedita. Non enim locum habet nisi inter consentientes. Non solent autem homines facile adduci, ut de jure suo decedant. In jurejurando horum utrumque contra evenit, ut sit paratum adversus invitos, et statim rem expediat: cum delatum nemo possit detrectare, quin habeatur pro convicto: si quis autem deferente adversario jurare vult, statim possit, et uno
3 verbo. † Sane non est hoc remedium paratum, nisi ei, qui deferre velit. Videtur autem [5] periculosum ita cuiquam deferre, ut eum in sua caussa testem et judicem facias. Quid enim si pejeret? quod in hac humanæ naturæ depravatione et morum corruptione facile fieri potest. Quæ res videri poterit totum hoc remedium nobis constituere supervacuum, cum si nemo deferat, nullum sit remedium in jurejurando: non videatur autem consultum cuiquam deferre, quia non expediat. Sed non, quia parum tutum est hoc remedium, ideo est inutile. Primum deferre sæpe est necessarium. Neque enim semper veræ intentionis probationes nobis suppetunt: tum vero ut suppetant; tamen propter moras et incertitudinem judiciorum, et propter metum improbi Judicis, aliasque multas caussas sæpe utile est rem jurijurando committere, et fidem adversarii experiri. Certe utilius, ut statim te expedias, et omni metu ac molestia liberes, quam illa pericula judicii, quæ dixi, cum magno temporis et rei familiaris damno subire. † Hic usus juris- 4
jurandi cum sit, qui hoc titulo explicetur: merito quæri potest, quid titulus pertineat ad res creditas, seu ad contractus, de quibus agitur in hac parte tertia, ut sub ea atque hoc loco inseri debuerit. Et sane quatenus in jurejurando litis decisio spectatur, ad contractus jusjurandum proprie non pertinet, eoque nec proprie ad hanc partem. Ac si ad eam decisionem sine ulla conventione et contractu pervenìri posset, non fuisset sub titulo rerum creditarum sine magno vitio insertus. Sed dum illum effectum jurisjurandi obtinere vult Prætor, progreditur longius, et inter cætera si quis actor postulante adversario juraverit sibi deberi, huic eo nomine dat ex jurejurando actionem. §. *item si quis, Inst. de act.* Atque hæc ex [6] conventione est, quæ interponitur inter deferentem et eum qui juravit. *L. sed etsi, 25. L. qui jurasse, seq. in fi. hic.* Actio igitur et obligatio ex contractu: quia ex conventione. Ita hac parte jusjurandum interpositum speciem contractus continet: ac propter partem hic totum explicatur, sine quo non poterat pars commode intelligi. Commodius tamen videatur fortassis, dum vim summam et universam rei spectamus, jusjurandum de quo hic agitur, ad probationes referri. Ideo enim vim eam obtinet, quæ illi tributa est jure, quia pro legitima probatione est, cum hujus recusatio, tum ejus susceptio. *L. manifestæ, L. 5. §. dato, hic.*

CAP.

4) Transactio a sola partium voluntate, sententia a mero judicis officio. Hic autem utrumque concurrit. In sententia requiritur tela judiciaria, in transactione aliquid dari vel remitti oportet. Hic neutrum, ita Caroc. *de Juram. lit. decisor. Q.* 9. *Principali n.* 2. *et* 3. Verum prius istud judiciali solum convenit. Nam conventionale, cui eundem effectum adsignat, Car. *Q.* 1. 9. *Q. Principalis n.* 10. extra judicium præstatur.

5) Aristot. 1. *Rhet. ult. sub fin.* Homines autem mali pejerare non curant. Nam qui deos non credunt, nec perjurii pænam metuunt. Idem *Rhetor. ad Alex. C.* 18. Atque ut Juvenal. *Sat.* 13.

Sunt qui fortuna jam casibus omnia ponunt.
Et nullo credunt mundum rectore moveri.
Atque ideo intrepidi quæcunque altaria tangunt.

Hinc jusjurandum dictum Emplastrum æris alieni, Agell. 16. *Noct.* 7. Frequensque modus solvendi debitoribus, creditum abjurare, Cic. 1. *Ep. ad Att.* 6. Marcil. in *L.* 12. *tab. collect. C.* 72. Junge *not. infr. C.* 11. *N.* 1.

6) Quia credere est alienam fidem sequi, quod præcipue in jurejurando spectatur, Gilken. *ad Rub. C. h. t. n.* 4. post. Duar. *in Post. Com. h. t. Procem.*

CAP. III.

Partitio edicti ac tituli, de jurejurando. De vi jurisjurandi voluntarii seu ejus quod extra judicium juratum est: ex edicto. Quibus conditionibus id valeat. Ac primum de conditione delata.

SUMMARIA.

1. *Ordo et summa edicti ac tituli de jurejurando.*
2. *De vi jurisjurandi quæstio quot partibus contineatur.*
3. *Jusjurandum voluntarium, judiciale, necessarium, quid, et cur hæc in vi jurisjurandi distinguantur.*
4. *Deferre conditionem jurisjurandi, et ferre conditionem alicui, quid.*
5. *Referre jusjurandum; quid.*

Redeo ad remedium litium expediendarum, quod in jurejurando quærimus, et hoc titulo agitur. † Id cum, ut
1 dixi, positum sit ex edicto in his rebus: ut necesse sit jurare, cum delatum est; et cum juratum est, stetur jurijurando: apparet edictum duas habere partes, totidemque esse, in quibus hujus tituli tractatio versetur: easdem illas nimirum, in quas initio omnem de jurejurando quæstionem divisimus, quæ in hac specie jurisjurandi sola simul spectentur. Unam de necessitate suscipiendi; alteram de vi suscepti jurisjurandi. Sed prius edixit prætor de vi; secundo loco de necessitate. Hoc enim ordine hæ partes edicti proponuntur, et explicantur hoc titulo, ut patet ex *L.* 3. *et L. jusjurandum et ad*, §. *ait*, et ex tractationibus subjectis. In iis autem persequendis, quæ ad edictum pertinent, secuti sunt veteres, item et compositores juris ordinem edicti perpetui. *L.* 2. *supr. de sta. hom.* Easdem partes et nos, eundemque ordinem in his via exponendis nunc sequemur. Nec quisquam præpostere factum putet a prætore, quod prius de vi jurisjurandi edixerit. Etsi enim natura prius est jusjurandum præstari, quam quæri, quid præstitum valeat: non tamen ideo prior est necessitas, quam vis jurisjurandi. Potest enim quis jurare volens, non coactus. Sed ut coactus quis juret: tamen semper ordine tradendi juris prior quæstio est de vi. Ad statuendam enim æquitatem ejus necessitatis, quam prætor hoc edicto imponit, ante necesse est intelligi, juraturo cautum esse fore, ne frustra juret. Quod ita fit, si prius vis jurisjurandi erit posita. Alioqui iniquissimum fuerit, cogi quemquam jurare, si cum juraverit, nihil ei prosit jusjurandum. De vi jurisjurandi hæc edicti et constitutionum ad hanc partem pertinentium summa est jusjurandum servandum esse: et quidem ita, ut, jurejurando dato, nihil aliud quæratur, quam an juratum sit. *L.* 5. *in pr. et* §. *dato*, *hic.* Sed hoc non simpliciter, neque quovis modo; verum ita, ut placeat jusjurandum servari certi conditionibus: et cum valebit, placeat servari certa ratione ac modo. † Ita quæstio de vi 2
jurisjurandi tribus his locis continetur: primum ut de conditionibus, quibus jusjurandum servetur, seu quando id servandum sit: deinde de servandi modo; tum de ejus effectu, qualis sit, et quam varius, quæratur. Sed hæc ita sunt, ut est genus jurisjurandi. Neque enim unum genus est etiam ejus, quod ad litem decidendam solum adhibetur: nec de vi cujusque idem servatur in omnibus. Quamobrem necessario faciendum est, ut de suprascriptis rebus ex unoquoque genere separatim statuatur: quod ita fiet, si distinctis, et notatis generibus, ordine dicetur, quid proprium sit in hac quæstione singulorum. † Placet 3
igitur in hac parte interesse, utrum [1] jusjurandum sit voluntarium, an judiciale, an necessarium. Cum compositoribus Pandectarum loquor, a quibus hæc nomina, ut verisimile est, nata sunt. Leguntur enim

1) Ita et Beust. ad *Rub. D. h. t.* 51. ac DD. vulgo ut *infr. C. ult.* Quamvis pollet. 4. *Hist. fori* 13. *p.* 383. duo genera voluntarium et necessarium statuens, decurtandam censeat *d. Rub. D. h. t.* quasi verba, *sive voluntario* et seqq. adjectitia sint, quæ in correctionibus exemplaribus desint.

nim hæc inscriptione hujus tituli in Pandectis; alibi, quod sciam, apud juris auctores non occurrunt. Ea autem vulgo sic interpretantur: ut voluntarium esse dicant, [2] quod a parte parti defertur extra judicium: judiciale, quod a parte parti auctoritate judicis defertur, judicio instituto: Necessarium, quod judicio quidem jam cœpto, sed a solo judice uni parti defertur. In quas definitiones nunc non est locus inquirendi diligentius: quia an veræ sint, tunc demum intelligi potest, cum cognoverimus de necessitate aut libertate suscipiendi jurisjurandi, unde has appellationes ductas esse apparet. Nunc etsi fortasse non recte ista definirentur hoc modo, quod contra puto; tamen docendi caussa interim mihi concedi volo, eodem isto sensu his verbis uti. Ex quo in summa hoc volo intelligi, cum de vi jurisjurandi, idest, de conditionibus quibus id servandum est, tum de servandi modo, deque ejus effectu quæritur, interesse, utrum juretur de re extra judicium, an vero judicio cœpto; et si cœpto, juretur: referre, utrum ex consensu ipsorum litigatorum, an vero auctoritate solius judicis jusjurandum deferatur. Verba superiora si veteribus usurpata non sunt: at certe res fuit non minus cognita: quæ his verbis postea notata est. Sed nec minus jure hæc distincta. Nam de primo tantum genere cautum est edicto, ut exceptio, et actio, quam prætor ex jurejurando pollicetur, ostendit: de quo plura postea in jurejurando judiciali. Reliqua duo, etsi ex sententia edicti magna ex parte legem acceperunt: tamen acceperunt nonnihil dissimilem a primo, et bonam partem habent ex constitutionibus. De his ergo ita dicam, ut de primo dicatur plenius ex edicto, in eoque explicetur pars edicti; de duobus posterioribus ita, ut quæ communia erunt, ex primo petantur; quæ propria, in illis ea exsequamur. Quod extra judicium juratum est, ratum habetur ex edicto certis conditionibus: quæ partim paucis comprehensæ sunt in fragmento edicti, quod exstat in *L.* 3. *et L. ait*, partim alibi sub hoc titulo indicantur. Hæ sunt summæ quatuor, quas concurrere oporteat: Prima, si conditio jurisjurandi delatà sit: Secunda, si delata ab eo, qui deferendi jus habuit: Tertia, si exinde juratum sit, aut remissum jusjurandum, Quarta, si qui juravit, ex conditione delata juraverit. Ad vim ergo jurisjurandi hæc prima conditio est, si quis juraverit, conditione delata, idque edicto expressum est in *L.* 3. *hic.* Est quidem id fragmentum, quod illic refertur, scriptum de reo. Sed si reus jurans non aliter tutus est, quam ista conditione: dubitari non debet, quin multo minus actori juranti detur actio, nisi eadem ista conditio intervenerit: favorabiliores enim sunt rei, quam actores. *L. favorabiliores*, *infr. de reg. jur.* quod et expressum est in §. item si quis. *Inst. de act. et L. actori*, *C. eod.* † Est autem 4
[3] deferre conditionem jurisjurandi nihil aliud, quam deferre alicui jusjurandum *L.* 3. *in pr. hic.* et deferre nihil aliud, quam postulare ab alio, ut juret, *d.* §. *item si quis*: ut hæc eadem sint, conditione delata jurare, et jurare, deferente jusjurandum adversario, et jurare, adversario postulante. Deferre, seu ferre conditionem alicui, loquutio est Latinis usitata, qua significatur offerre alicui certam conditionem implendam: qua impleta, fiat id, de quo inter eum cui defertur, et deferentem erat controversia, ut ferre conditiones pacis Ciceroni est, offerre eas conditiones, quibus impletis pax fiat: non aliter. *Lib.* 16 *Epist. Famil. Epist. Quo in discrimine.* Ergo deferre conditionem jurisjurandi est, facere potestatem alicui jurandi hac lege, ut si juratum sit, decisio litis sequatur. Hæc conditio adjecta edicto hanc vim habet: ut si vel reus juraverit [4] nemine ei jusjurandum

2) Vid. *infr. Cap.* 10. *N.* 1. ubi hoc refellam. Mudæ. ad §. *item si* 11. *Instit. de act. n.* 1. *et* 2. nuncupat id jusjurandum decisivum meditatæ tantum ac conceptæ, non inchoatæ litis.

3) Dicitur et inferri *L.* 28. §. *Ult. D. h. t. L.* 11. *et* 12. *Cod. de Reb. cred.* et ab aliquo peti *L.* 34. §. 6. *h. t.* Borch. *C.* 3. *n.* 1. (et ejus verbis malo more Setser. *Lib.* 8. *Cap.* 2. *n.* 4.) et adigere jusjurandum. Cujac. 27. *Obs.* 34. Offerri autem fere dicitur, cum quis se paratum jurare dicit. Quintil. *Lib.* 5. *Inst. Orat. Cap.* 6. Offerre suum jusjurandum sine ulla conditione, fere improbum est. Pollet. 4. *Histor. fori* 13. *sub. fin.*

4) Turpe quoque ac demens seipsum accusare, ut fide indignum, et firmitatem ex juramentis adferre, ut ex Basil. *m. ps.* 14. P. Greg. 50. *Synt.* 3. *n.* 2. Suspectusque qui se ultro ingerit *L.* 25. §. 1. *de Procur.* Quare nec aliud jusjurandum propria auctoritate præstitum jurantem juvat. Veluti si qui evocatus non comparuit, jurejurando asseveret se legitime impeditum: nihil agit, etsi id forte faciat coram tabellione, si a judice non injunctum sit. Vid. Beust. *ad. L.* 3. *h. t. n.* 8. *et seqq.* Plane si lex vel statutum aliquo casu juramentum deferat, eique stari debere caveat, posse tunc jurari, delatione partis vel judicis non expectata, docet idem ibid. *n.* 15. ex. gr. juramentum calumniæ, etc. Enimvero etsi ultroneum jusjurandum non prosit auctori suo, potest tamen contingere, ut noceat, si eo modo adversarium decepit, ut *L.* 23. *de dolo malo*, Duar. *h. t. C.* 10. Quin etsi ita contra seipsum juret, ipsi ceu confessio nocere potest: ita tamen ut, si diversa ejus capita; adversarius illi jurijurando innitens, id in totum recipere teneatur. Arg. *L.* 26. §. *ult. depos.* Sneidvin. *ad* §. *item si* 11. *l. de act. n.* 74. *et seqq.*

dum deferente, non sit servandum jusjurandum. *d. L.* 3. *in pr.* Et merito non est servandum. Iniquum est enim, quemquam invito adversario in re sua judicem aut testem fieri. *L. Julianus ait, supr. de jud. L. nullus, infr. de test.* Alioqui, inquit Ulpianus, *facilimus quisque ad jusjurandum decurrens sibi exceptionem aut actionem adversus invitum comparabit. d. L.* 3. idest, alteri invito jus suum facto suo detrahet. Quod totius juris præceptis et regulis fieri prohibetur. *L. justitia, supr. de just. et jur. L.* 2. *supr. de his qui sunt sui, vel al. jur. L. ult. supr. de pact. L. solvendo, supr. de neg. gest. L. non debet*
5 *alteri, infr. de reg. jur.* † Deferre jusjurandum intelligitur etiam [5] is, qui refert: id est, is cui cum delatum esset jusjurandum ab adversario, id ei contra refert, idest, deferenti ita dicit: imo tu jura ita esse, ut contendis. Hoc, inquam, qui facit, proprie referre dicitur, distinguiturque ab eo, qui primum detulit in *L. actori, C. eod.* Sed tamen et hic re vera referendo defert. Inest enim simplex in composito, ut in reddendo dare. *L. verbum reddendi, infr. de ver. sig.* in substituendo instituere. *L. mulier, §. ult. infr. de cond. inst.* Ideo non fuit necesse in edicto relati jurisjurandi mentionem facere. Ac nihilominus ex verbis edicti exceptionem aut actionem habebit, qui cum ab initio detulisset, post deinde referente adversario juravit. *d. L. actori, C. eod.*

5) Quia æque postulat referens, ut adversarius juret Don. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 4. Tametsi non desint, qui volunt, quanvis deferens a sententia ex jurejurando lata appellare nequeat, *infr. C.* 10. *N.* 10. referentem tamen posse, teste Sich. ad *L. ult.* §. 1. *C. h. tit. n.* 3. ac probant Seraphin. *Privil. jura.* 102. *n.* 14. *ac.* Cacheran. *Decis.* 61. tum quod leges appellare prohibentes stricte accipiente, tum quia facienti actum ex necessitate magis succurritur. Defertur autem libere, refertur ex necessitate. Sed reprobat. Sichar. *dict. loc. n.* 5. ac receptiorem vocat Caroc. *de Juram. lit. Decis.* 10. *Q.* 4. *Quæst. principalis.* Etsi ipse quoque conciliet, ut prior opinio obtineat, quando quis cogitur a judice, ut vel juret vel referat; posterior quanto sponte refert. Ast immo citra distinctionem idem de referente statuendum. Quia et his hanc viam elegit, eique placuit, ut adversarii testimonio caussa decidatur, cum ipse jurare atque ita caussam obtinere potuerit. Nec igitur audiendus, si contra proprium factum venire velit, ut *infr. C* 9. *N.* 10. Borch. *C.* 9. 15. Fachin. 1. *Contr.* 23. (quorum verba transcripsit Sets. *Lib.* 4. *C.* 8. *n.* 10. *et n.* 13.) Sane ex *Nov. Elect. Sax.* 11. *p.* 1. etsi cui delatum est juramentum, probatione ad id vitandum uti queat, non tamen item cui relatum. Eo quod hic in necessitatem jurandi ipsemet se conjiciat, ut Moller. *ibid. n.* 17. testatus ante editas constitutiones eas contra pronunciari solitum fuisse.

CAP. IV.

Qui jusjurandum deferre possint, aut non possint, ut his deferentibus jusjurandum datum servandum sit, aut non noceat.

SUMMARIA.

1. *Tutor et procurator, filiusf. servus in re peculiari ubi recte deferant jusjurandum.*
2. *Pupillus non minus frustra defert jusjurandum sine tutoris auctoritate, quam furiosus aut prodigus.*
3. *Adolescenti deferenti quatenus non noceat jusjurandum.*
4. *Debitor in fraudem creditorum frustra defert.*

Nihil prodest jusjurandum delatum esse, nisi ab eo delatum sit, qui jus deferendi habuit. *L. tutor, §.* 1. *hic.* Quinimo nec delatum videtur, quod jure datum non fuit, idest, ab eo, qui jure deferre non potuit. *L. rei, §. ult. infr. de pœ. L.* 1. *§. ult. infr. ad Tert. L.* 3. *infr. de test. tut.* Ideo ut sit, qui possit deferre, secundo loco exigimus. Is potest deferre, qui [1] litis decidendæ ac remittendæ jus habet, siquidem jurejurando a lite disceditur, et quod nostrum erat, remittitur. *L.* 1. *et* 2. *hic.* In hoc numero sunt duo: Dominus rei controversæ, qui modo rerum suarum administrationem habeat; et qui in re aliena pro domino habentur. Dominos in lite voco, actorem, cujus actio aut petitio est de ea re, de qua agitur, et reum qui ea actione tenetur. Et actor reo, et reus actori recte jusjurandum defert, ut si alter alte–

1) Nec tantum actor reo, sed etiam reus actori *L.* 28. §. *ult. L.* 29. *L.* 30. *princ. et* §. 1. *D. hoc tit.* vid. Duar. *in Poster. Comm. hoc tit. Cap.* 4.

altero deferente juraverit, ratum sit jusjurandum, et continuo a lite discedatur. *L. 1. hic.* Quippe hoc jus dominorum est, ut moderatores sint et arbitri rei suæ. *L. in re, C. mand.* ex quo est etiam, ut paciscendo liceat unicuique juris sui persecutionem, aut retentionem deteriorem constituere, *L. pactum, supr. de pact.* Inest autem in jurejurando et conventio, et quasi quædam transactio. *d. L. 1. L. 2. L. admonendi, in fin. hic.* Sed ut dominus rerum suarum administationem habeat, exigimus. Parum enim interest in rerum administratione, utrum quis dominus non sit rei, an vero ejus rei administratio non sit ei concessa. Quæ quibusdam dominis jure adimitur: de quibus
1 paulo post. † Dominorum loco habentur, quibus rerum alienarum administratio aut tributa est lege, aut mandata domini voluntate. Lege, ut tutores et curatores. *L. tutor qui tutelam, L. vulgo, infr. de adm. tut.* Qua de caussa et hi jusjurandum recte deferunt ut domini. *L. jusjurandum quod ex conventione, §. si tutor, hic.* Domini voluntate procurator. Nihil enim interest, utrum ipse dominus pro se quid faciat, an ejus voluntate alius. *L. qua ratione, §. hæ quoque, infr. de acq. rer. dom.* Ideo quod [2] procurator quoque detulit, ratum habetur, sive is universorum bonorùm administrationem sustineat, sive id ipsum nominatim ei mandatum sit, ut deferret, sive sit procurator in rem suam. *d. L. jusjurandum quod, §. ult. hic.* Eodem [3] loco sunt servi et filiifamilias in re peculiari, cum his peculii administratio a domino aut patre concessa est. *L. servus, 20. et duabus seqq. hic.* Sane inter verum dominum, et tutorem, curatorẹmve aut procuratorem, reliquosque rerum alienarum administratores hoc interest: quod dominus, ut rei suæ arbiter, jusjurandum quando videtur, et prout videtur, deferre potest, etiamsi rem perdat. *d. L. in re, C. mand.* Qua ratione et jusjurandum a procuratore delatum ratum est, sive huic mandatum sit specialiter, ut deferret, ac detulit, sive sit procurator in rem suam datus. Nam in prioris persona ipse dominus qui mandavit deferri, detulisse intelligitur. *L. 5. §. gessisse, infr. de adm. tut. L. 1. §. ait prætor, infr. unde vi.* Posterior [4] in actione sibi mandata vi ipsa dominus est, usque adeo ut in ea lite dominum excludat. *L. procuratore. in rem, supr. de proc.* In his autem, qui universorum bonorum administrationem sustinent aut voluntate domini, ut procurator; aut lege mandatam, ut tutor vel curator, hoc servatur: ut jusjurandum ita demum deferre possint, si aliæ probationes deficiant, [5] quod de tutore scriptum est in *L. tutor, hic.* Et recte. Quantamcunque enim [6] rerum administrationem quis habeat sibi concessam, etiamsi maxime liberam; donandi tamen et perdendi jus non habet: quia utrumque pugnat cum administratione. *L. contra §. ult. supr. de pact. L. filiusfam. infr. de donat.* Aliis autem probationibus suppetentibus, jusjurandum deferre adversario, aperte rem perdere est: ubi illo iurante voluntate tua rem amittas, quam de re probando servare potuisses. Extra hos [7] frustra quisquam iusiurandum detulerit: quia rei transigen-

2) Non autem alius procurator *L.* 8. *et seq. h. t.* vid. *infr. Cap.* 13. *N.* 24. *et* 28. *et* Borch. *Cap.* 3. *n.* 31. *et seq.* quin nec defensor municipum aut syndicus L. 34. §. 1. *h. t.* Duar. *in Poster. Comm. h. t. Cap.* 4. *f. m.* 863. Borch. *d. Cap.* 3. *n.* 35. Nec judex admittere debet delationem, etsi adversarius non opponat. A. Fab. C. *suo Lib.* 4. *tit.* 1. *Defin.* 38. Sed nec Emphyteutam ac Vasallum deferre posse, cum libera administratione careant, scribit Caroc. *Q.* 14. 13. *Q. principalis.* Quod vix probandum, quatenus ipsorummet præjudicium vertitur.

3) Vid. Borch. *Cap.* 3. *n.* 36. *ac seqq.* Ubi quidam et de peculio actionem dandam *d. L.* 22. *hoc tit.* Proculiani scilicet: cum Sabiniani contra, quorum sententia obtinuit *L.* 5. §. 2. *de pecul.* Ita Cujac. 8. *Obs.* 11. Melius Pac. 3. *Enant. Q.* 84. *d.* §. 2. accipit de jurejurando in judicio; *d. L.* 22. de extra judicium delato.

4) Et hic quidem magis in propria caussa defert. Imaginaria enim solum Procuratores in rem suam constitutio et a juris auctoribus inventa. Duar. *Post. Comm. h. t. C.* 4. *fol.* 867. Confer. *supr. Lib.* 18. *Cap.* 13. *N.* 6. In alio autem speciale mandatum requiritur Caroc. *Q.* 9. 13. *Q. principalis* ubi *n.* 20. idem, si incidenter jurandum. Sed si dominus præsens, id non requiri, *ibid. n.* 11. Requiritur autem ad id, ut domino obsit delatio, secutus ut prosit. Arg. *L.* 9. §. 6. *h. t.* Sneidvin. *in* §. 11. *I. de act. n.* 103. Caroc. *d. loc. n.* 13. Quare si a Procuratore alio delatum jusjurandum ei relatum sit, isque juraverit: præstitum juramentum proderit domino.

5) Ut metu divini Numinis tutor veritatem extorqueat ab eo qui alioquin in eo est, ut absolvatur Cujac. 22. *Obs.* 28. add. Anton. Fab. *C. suo Lib.* 4. *tit.* 1. *Definit.* 20. Et hoc casu ratum est quoque jusjurandum a tutore delatum, etsi de prædio, quod alienari nequit sine decreto, delatum, modo judicio deferatur, judice auctore. Duar. *h. t. Cap.* 10. Curatores mulierum in litem jure Saxonico, quia procuratoribus litis sive negocii, non autem universorum bonorum similes, nec libera eis administratio. Inde sine speciali mandato, nec eos deferre judicatum refert Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 8. *n.* 4. *et seqq.*

6) Et si generaliter datus Procurator transigere nequit, utique nec deferre jusjurandum, nisi in caussa dubia, non suppetente probatione, Duar. *Post. Comm. h. t. Cap.* 4. *fol. mihi* 863. Quid si procurator cum libera? Hunc libere deferre, Caroc. *Q.* 6. 13. *Q. principalis n.* 1. *et Q.* 9. *n.* 4. quia habeat vim specialis mandati, id tamen *n.* 5. restringit, nisi inde ingens damnum, et *n.* 7. nisi debitum liquidum. Ibid. *n.* 2. Procuratorem universitatis ita deferre, quia intelligatur semper, cum libera. Quod tamen *L.* 34. §. 1. *h. t.* refellit. Et in eo quoque requiri speciale mandatum Losæ. *de Jur. universit. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 76.

7) Et nec si caussam conjuncti quis agat vel defendat, uti potest, hoc jusjurandum deferre ei licet, nec si de rato caveat, quia ea non potest conjunctus, quæ speciale mandatum requirunt ut *supr.* 18. *Cap.* 12. *N.* 12. Nec coheredum quidam, aliis insciis vel invitis, deferre possunt, etsi de rato cavere velint, Ant. Fab. *C. suo Lib.* 4. *tit.* 1. *Definit.* 21.

dæ aut remittendæ jus non habeat. *L. nec filius, C. eod.* Ex quo apparet e diverso tria genera esse eorum, qui iusiurandum deferre non possint. Unum eorum, qui neque domini sint; neque alienarum rerum administratores. Alterum eorum administratorum, qui in deferendo iureiurando modum administrationis excedant, puta id deferendo, cum aliæ probationes suppetunt. Tertium dominorum ipsorum, quibus rerum suarum administratio non est permissa: quo in numero sunt furiosi, pupilli, prodigi. *L. in negotiis, infr. de reg. jur. L. iusiurandum quod, §. 1. hic. L. obligari, infr. de auct. tut. L. 1. L. Julianus, infr. de cur. fur.* Sed et minores viginti quinque annis. *L. 1. in fin. supr. de min.* omnesque omnino, qui rebus suis superesse non possunt, eoque et curatores accipiunt: ut muti, surdi, cæci. *L. 2. infr. de cur. fur. L. ult. infr. de bon. poss. fur. inf.* Item is, qui solvendo non est, si in fraudem creditorum deferat. *L. nam postea, §. sed etsi, hic.* Sed inter hos in hac specie, ut et in aliis multum interest. Nam furiosus plane nullum negotium gerere potest, eoque nec iusiurandum deferre, quantumvis curatoris aut tutoris auctoritas accesserit. *L. in negotiis, de reg. jur.* In eadem caussa est prodigus. *L. tutor, §. 1. hic. L. furiosi, de reg. jur.* Pupillus autem omnia negotia tutore auctore agere potest. *d. L. in negotiis, de reg. jur.* proinde et deferre iusiurandum: sine tutoris autem auctoritate frustra defert. *L. jusjurandum*
2 *quod, §. 1. hic.* † Sed et hic distat pupillus a minoribus viginti quinque annis. Nam pupillo [8] iusiurandum deferente, sine tutore auctore, puto etiam ipso iure non nocere ei iusiurandum, sive cum convenitur, id deferat actori, sive cum agit, id deferat reo. Pupillus enim in totum sine tutoris auctoritate deteriorem conditionem suam facere non potest: ut nec possit se obligando, nec actionem quam prius habuit, remittendo. *L. obligari, infr. de auct. tut. Inst. eod.* Cui consequens est, ut, si pupillo agente et iusiurandum deferente, reus iuraverit se dare non oportere: liceat pupillo quandoque de eadem re iterum agere ita: ut si fateatur reus actorem tum pupillum fuisse, cum iusiurandum detulit, et detulisse sine tutoris auctoritate, nulla [9] exceptio reo danda sit, sed ita in eum actio danda, quasi omnino iuratum non esset, ut accidit, cum quid lege prohibente factum est. *L. non dubium, C. de legib.* Et hoc est, quod dicitur in *L. 1. §. 1. infr. quar. rer. act. non dat.* Si pupillus sine tutoris auctoritate detulerit iusiurandum, ei non obstare exceptionem istam. Quæ res facit, ut adversus exceptionem quæ nulla est, non sit necessaria agenti in factum replicatio. Et tamen in *d. L. jusjurandum quod, §. 1. hic.* contrarium scriptum videtur. Sic enim verba sunt: *quod si pupillus sine tutore auctore detulerit, exceptio quidem obstabit, sed replicabitur.* Sed hoc in re controversa locum habet, si forte reus contendat, actorem aut non fuisse pupillum, cum deferebat, aut detulisse tutore auctore. *arg. L. nam postea, in pr. hic.*
† Minorum viginti quinque annis non ni- 3
hil diversa caussa est: [10] Si curatorem habent, in eadem caussa cum pupillis habentur. *L. 3. C. de in integ. rest. min.* Si non habent, delatum ab his iusiurandum ipso iure illis nocet: sed adversus exceptionem iurisiurandi replicatio danda est. *L. nam postea §. si minor, hic.* Sed hæc ita danda, ut

8) Confirmare videtur *L. 4. Cod. de rebus credit.* ubi delatio tutori facta a pupillo nullius effectus. Dicitur illic reus qui fuit, nam durante tutela agi nequit. Finita autem ibi intelligitur non pubertate, sed alia caussa vel adjecti temporis lapsu aut conditionis eventu vel suspecti remotione, ut Donell. *ibid. n. 6. et* Gilken. *n.* 3. Forner. 6. *Rer. Quotid.* 14. *et* Borch. *Cap.* 3. *n.* 30. (cujus verba largiter pro suis usurpat, Setser. *Lib.* 4. *C.* 2. *n.* 27. suum obtinens.)

9) Diss. Borch. *Cap.* 3. *n.* 12. et seqq. (et ex eo transcriptor, Setser. *d. Cap.* 2. *n.* 18. et seq.) sentiens exceptionem dari ex jurejurando a pupillo solo delato, propter vim et majestatem religionis. Sed elidi id replicatione in factum *d.* §. 1. quia jus deferendi non habuerit pupillus. Sich. ad L. 4. *C. de Reb. cred. n.* 7. sic: Pupillus solus aut defert tutori, qui fuit, ac ipso jure non valet *d. L.* 4. aut alii. Et vel judex non approbat, ac idem est *d. L.* 1. §. 1. *Quar. rer. act.* vel approbat in judicio, et tunc vel tendit ad obligandum, ac ipso jure non tenet *d. L.* 1. vel ad liberandum interpositum et ipso jure valet *d. L.* 17. §. 1. Quod si tutore auctore detulit pupillus, ac læsus: restituitur in integrum *L.* 2. *C. si tut. vel cur. interven.* Nec obstat quod juramentum est loco solutionis. Solutio autem accedente tutore liberat: Illud enim obtinet in quibus par ratio. Hic evidens disparitas, cum is qui juratum est pupillus nihil accipiat, uti cui solutum est.

10) Ita et noster ad *L. 4. C. h. n.* 11. ac Beust. in *L.* 9. §. 4. *h. t. n.* 2. Duaren. in *Poster. Comm. h. t. Cap.* 4. firmare hoc nitens ex *L. acta* 45. §. *ult. de re jud. L. in universis* 11. *C. qui dare tutor. et* Gœdd. *ad L.* 21. *de V. S. n.* 11. Contra Bronch. 1. *Misc. Ax.* 56. Borch. *Cap.* 3. *n.* 27. Et hic dilationem puberis hujus ipso jure ratam esse, ex *L.* 9. §. 4. *h. t.* sic probat Setser. *Lib.* 4. *de Juram.* 2. *n.* 25. Quod curatorem habuerit minor. *d.* §. 4. constat inde, quod jusjurandum detulit in lite. Lis autem minoris nulla sine curatore. Quod autem sine curatore detulerit, probatur: quia Pomponius putavit cum effectu non obstare exceptionem. Quæ utique obstaret, curatore interveniente. Verum hæc Pomponii sententia non probatur, nisi impetrata restitutione. Ita Setser. Quæ displicent. Nam immo si in judicio delatum intelligitur *d.* §. 4. necesse est delatum sit, Curatore auctore. In judicio enim minor nihil agit sine curatore ad litem dato, quæ datur etiam invito ut liti adsit. Et in judiciali igitur juramento opinio prior obtinet, quod et LL. a Duareno adductæ probant. Cæterum in juramento conventionali (de quo hic Donellus et

[11] ut placeat minorem prius in integrum restitui debere, ut ibidem scriptum est. Unde et illud simul exigitur, ut ita detur in hac specie replicatio, si minor in jurejurando deferendo captus sit. Hac enim lege subvenitur minoribus. *L. verum*, §. *sciendum*, *supr. de min.* Id ita in hac re videtur fieri, si cum aliæ probationes, aut aliqua ratio juris sui tenendi minori suppeteret: maluerit jusjurandum deferre. *L. non omnia*, *supr. de min.* Nam alioqui si omnibus probationibus deficientibus jusjurandum detulit, fecit, quod quivis bonus paterfamilias in eadem caussa faceret. Unde et idem a tutore factum, ut recte et ex fide officii factum admittitur. *L. tutor*, *in pr. hic.* Quam ob caussam qui ita detulit, non est captus. *d. L. verum*, §. *sciendum*, *de min.* Sed et restitutio, quam hic intervenire debere dicimus, hoc adfert, ut replicatio ista non nisi intra tempora restitutioni præstita competat. *d. L. nam postea*, §. *si minor. tot. tit. C. de temp. integr. rest.* † Exemplo minorum et quod debitor quamvis in 4
fraudem creditorum jusjurandum detulit, ipso jure ratum est: sed adversus exceptionem jurisjurandi replicatio fraudis creditoribus dabitur. Itemque si fraudator debitor detulerit creditori, ut juret sibi decem dari oportere, mox bonis ejus venditis experiri volet: aut denegari debet actio, aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum. Hæc in *d. L. nam postea*, §. *sed etsi*, *hic.* denegatur actio fraudem confitenti: aut si de fraude controversia est, sic illi datur actio, ut exceptio opponatur, ut est *in pr. d. L. nam postea.*

magis videtur de eo loqui *d.* §. 4.) puto dilationem ratam esse sine curatore, quem habet minor: quia eorum opinioni accedo, qui minorem sine hoc obligari sentiunt, Vid. *supr. Lib.* 12. *Cap.* 22. *N.* 7. Et quoad hoc recipio rationem illam, Puberi solvi potest sine curatore, Jusjurandum est pro solutione *L.* 20. et seq. *h. t.* Licet si quis dissenserit, ad hanc rationem facile paratam habeat responsionem.

11) Etsi enim contra præstationem jurisjurando minor, non restituatur *L.* 1. *et Auth. Sacramenta puberum*, *C. si adv. vend.* delationis tamen alia ratio. Illic virtute jurisjurandum habetur minor pro majore; hic non æque. Beust. ad *d. L.* 9. §. 4. *n.* 4. *et* Gail. 2. *Obs.* 41. *n.* 11.

CAP. V.

De hac conditione tertia, si juraverit, aut remissum sit jusjurandum.

SUMMARIA.

1. *Jurare et jusjurandum*, *quid.*
2. *Sacramentum.*
3. *Illicitum jusjurandum quamvis adversarius detulerit*, *non servandum.*
4. *Remittere jusjurandum*, *quid.*
5. *Remissum cur pro præstito habeatur.*

TErtia conditio erat, si is, cui jusjurandum delatum est, juraverit, aut remissum sit ei jusjurandum. Nulla remissione interveniente, ut juraverit, edictum exigit. *L.* 3. *hic*, §. *item si quis*, *Inst. de act.* Conditio partim necessaria, ut intelligatur; qua de re caveat prætor, et quam se hic servaturum polliceatur: partim utilis ad commonefaciendum de sententia prætoris: ut cum audimus, quod hic tribuitur, tribui hac lege, si quis delato jurejurando juraverit: sciamus id non pertinere ad eum, qui delatum jusjurandum suscepit, neque juravit. De quo tamen interdum potest esse justa dubitatio. Quid enim, si is qui delatum jusjurandum susceperat, cum paratus esset jurare, [1] non potuerit: puta ad jurandum veniens in itinere decesserit; aut

1) Quare jurisjurandi a patre diversa extra judicium vel in eo delati, præstandi facultas non transit ad heredem *L.* 12. *princ.* ibi, cum multum discrepet juramentum hereditarium *C. h. tit.* cum non hujus, sed defuncti fides electa sit, ac sæpe viro bono heres improbus ac levis, qui nec fere facti alieni veram notitiam habet, unde anceps perjurii periculum Menoch. 1. *Arb. Quæst.* 68. *n.* 30. *Tiraquell. de Præscript.* §. 2. *Gloss. un.* Sneidvin. *ad* §. *item si* 11. *I. de act. n.* 109. Gilken. *ad L.* 12. *princ. C. hoc tit. n.* 7. Borch. *Cap.* 7. *n.* 32. Coras. *ad L. in actionibus* 5. *in lit. jurand. n.* 29. Caroc. *Q.* 5. 9. *Q. principalis* n. 80. Seraphin. *privil. juram.* 68. Beust. *ad Rub. D. h. tit. n.* 66. Toming. *Decis.* 45. *n.* 7. Coler. *Decis.* 116. Wehner. *Obs. pract. de V. S. v. Vuissenschafft. und Vuolbevvust* et citati a Moller. ad *Novell. Elect. Saxon.* 24. *Part.* 1. *n.* 3. Jure harum regionum ex *d. Novell.* 24. si sententia de præstando jurejurando lata ac intra diem præstitum is cui delatum est, citra recusationem diem functus: ad juramentum credulitatis heredes admittuntur. Quod et juri Saxonico veteri convenire statuit Coler. *d. Decis.* 116. *per text.* Land. *Lib.* 3. *Artic.* 11. Zobel. *Part.* 1. *Diff.* 29. Sneidvin. *d. loc.* Contra Toming. *d. Decis.* 45. Junge *not. infr. Cap.* 13. *N.* 20. Quin et Ant. Fab. *C. suo Lib.* 4. *tit.* 1. *Definit.* 32. si jurare paratus decessit, jusjurandum pro præstito *esse*; secus si per eum mora facta in jurando, aut deliberando. Sicuti et Gail. 2. *Obs.* 43. juramento a defuncto oblato nec præstito, mortem ipsam vim juramenti habere, cum salutis suæ immemor decessisse non censeatur. Sed loquitur hic de juramento in litem, cujus alia opinor, quam hujus, quod ex conventione præstari debet et partium consensu, ratio vid. not. *infr. Cap.* 11. *N.* 22. *ibi* : *III. Notitia rei*, *etc.*

casu aliquo prohibitus fuerit, quominus juraret? Et superior conditio nos admonet, quandiu is qui detulit, volet sibi jurari, nihil prodesse adversario voluntatem suscepti jurisjurandi, ut quasi vera dixerit, ita edicto defendatur nisi juraverit, ut suscepit: quocunque tandem casu factum sit, ne iu-
1 raret. † Juratum sic accipiemus, non si quovis modo; aut quavis superstitione quid affirmatum sit, sed ut vis verbi postulat, religiose. Est enim iusiurandum auctore Cicerone *lib.* 3. *de offic.* 2 affirmatio religiosa. Nec aliter nostri accipiunt. Hinc tot locis 3 iurisiurandi religio legitur, ut *L.*
1. *L. sed et servus*, *et alibi*, *hic.* † 2
Inde et 4 sacramenti verbum posterioribus

2) Quam definitionem maxime, sibi placere scribit Vultei. ad §. *item si* 11. *ipsi* 10. *I. de act. n.* 5. *et Misc. scholast. Cap.* 7. *initio.* Cujac. *ad Cap. etsi* 26. extra hoc *tit.* præ omnibus sibi probari illam: Confirmatio veritatis. Quæ tamen omnium minime proba. Petr. Gregor. 50. *Synt.* 4. *n.* 1. Affirmatio vel negatio sacræ rei attestatione firmata. Verum et posteriora solum declarant vim voculæ *religiosa.* Et affirmationis verbo negatio quoque contineri potest, sicuti in definitione pacti, verbo dandi faciendi, etiam non facere non dare Wesenbec. *Par. D. de Pact. n.* 2. Covar. *in Cap. quanvis* 2. *de Pact. in* 6. *P.* 1. *Relect. pr. n.* 1. Invocatio numinis divini in testimonium. Martin. Benckendorff. *in Addit. ad præfat. Seraphini de Privileg. juram. n.* 18. Assumptio nominis Divini, ad confirmandam fidem proferentis. Sed et varias definitiones refert Jacob. Ebert. *Tract. Ethico de Juram. tit. de definit. p.* 19. *et seq.* Qui *pag.* 23. sic. Assertio rei legitimæ, in cujus majorem fidem ac confirmationem Deus ipse testis vocatur, et jurans ultro se obligat ad pœnas exitii æterni, si fallat. Et hæc jurisjurando in genere conveniunt. In specie autem proposita Cujac. *in Nov.* 90. et ad *L.* 1. *C. h. t.* ac Borch. *h. Tr. Cap.* 1. *n.* 12. probat Clementis Alexandrini definitionem. Certa litis definitio cum obtestatione divina. Verum sibi hic quisque sapiat, neque nimium de his curandum. Sane omne jusjurandum verba necessario exigit *Novel.* 17. *Cap.* 6. *Cap. etsi* 26. *Cap. pen. extra h. t.* Ac etsi per litteras interponi possit, ut Wesenbec. *Consil.* 52. *n.* 18. *in fin.* id ita intelligit Gœd. *de Contr. stipulat. Prolegom. n.* 16. ut quod voce prolatum scripturæ mandetur exemplo stipulationis, quæ in scriptis fit. Verum quicquid hic nostri varie sentiant, verba enim requiri negant Covar. in *d. Cap.* 2. *Part.* 1. *princ. n.* 5. Fachinæ. 3. *Contr.* 8. borch. *Cap.* 1. *n.* 27. *et. seq.* Et Caroc. *Quæst.* 11. 13. *Quæst. principalis.* Joan. Bapt. Asin. *de Exsecut.* §. *Cap.* 8. 11. tunc requiri verba, quando loqui possunt uterque, alias etiam nutu deferri. Contra affirmant Gœd. *d. loc.* Cypræ. *de Sponsal. Cap.* 14. §. 26 *n.* 3. Media via insistendo distinguo inter conceptionem verborum, quæ propria, ac de substantia cujusvis juramenti; ac prolationem, quæ voce fit, ac non necessaria. Quid enim si convenerit, exempli gratia, ut majoris fidei gratia syngrapham juratam mihi mitteres, tuque eam me absente conscripseris, et mihi miseris: nunquid ideo minus religione sacramenti adstringeris? Sic ubi mutus surdus literas callet, si verba formulæ jurandi animo perlegat, etsi lingua proferre nequeat: si et appareat quod jurato se obstringi velit, nihilo minus jurabit Deum καρδιογνωστην in testem invocando, animi mente, exterioribus quoque signis, ei cui præbet jusjurandum testata, etc.

3) *L.* 4. §. 1. *de in lit. jur. L.* 21. *in fin. de dolo L.* 8. *princ. de condit. institut.* Quæ religio monet, tum ut inviolate sancteque præbeatur ac servetur, tum ne temeraria levitate ad jurandum quis prosiliat. Nam ipse Imperator multam sibi formidinem esse testatur, ne facile jusjurandum per magnum Deum detur *Nov.* 94. *Cap.* 2. Et Ethnicus licet Quint. *Lib.* 9. jurare, nisi ubi necesse est, gravi viro parum convenit. Qua de temeritate ac proclivitate accipienda verba Servatoris *Matth.* 5. *v.* 34. et seqq. et Jacobi Apostoli *Cap.* 5. *n.* 12. In quæ nimium delinquunt, qui in quotidiano ac familiari sermone, ad alterum pene verbum, ex perversa et improba assuetudine obtestationem divini nominis adjiciunt. De qua levitate vitanda, vid. *Ecclesiast* 23. *et.* 27. Vercellensis, vel quisquis Auctor *Lib. de Unit. Ecclesiæ. Christ. fol.* 4. *in Syntax. Tract. jurisdict. Imp.* Sim. Scardii, Covar. *in Cap.* 2. *de Pact. P.* 1. §. 6. *n.* 8. et seq. Jacob. Ebert. *Tr. Ethico de Juram. tit. de Specieb. juram. p* 24. Rittershus. *Com. ad. Salvian. p.* 139. Conrad. Heresbach. *Epitem. Christianæ Jurispr. Edicto. III. Præcepti.* 52. Quo respiciunt illa Gregor. azianz. in Tetrastich. ὅρκον δὲ φεῦγε πάντα. Et in distich. ὅρκους κάκιστον διδόναι καὶ λαμβάνειν ἴσως γὰρ ἄμφω προσκέκρουκας τῇ δίκῃ, Jusjurandum pessimum est, dare et accipere. Forte enim ambobus offendisti justitiam. Neutiquam vero usus jurisjurandi legitimus illo præcepto Christi tollitur. Quin ipse præpotens Deus in re dubia eo confugere præcipit *Ex.* 22. *v.* 8. *et* 11. *Deut.* 6. *v.* 13. *et. Deut.* 10. *v.* 20. Idemque usus et ipsiusmet Servatoris et Apostolorum ejusdem exemplis adstrictus Rom. 1. *v.* 9. 2. Corinth. 1. *v.* 13. *et Cap.* 11. *v.* 31. Philipp. 1. *v.* 8. 1. Thessal. 2. *v.* 5. *et* 10. *etc.* ut et in V. Testamento. Gen. 21. *v.* 24. *Josuæ* 9. *v.* 15. 1. *Reg.* 24. *v.* 22. *etc.* Et Leo quidem Imp. *Nov. sua* 97. jussum illum *Matth.* 5. *v.* 34. perfectionis esse vult, non ad moderanda communis vitæ negocia promulgatum. Cujusmodi et illa *Matt.* 6. *v.* 25. Ne sitis soliciti, quid esuri sitis etc. Quod reprobat Borch. *Cap.* 1. *n.* 1. quia sacræ litteræ omnibus etiam perfectioribus concedunt jurare. Ac ut Heresbach. *d. Edicto III. p.* 73. non loquitur Christus de ordine Politico, sed de legis interpretatione. Et sicuti non tollit legitimam defensionem, dum dicit: Malo non resistes, ita nec vetat juramenta legitima lege Dei et politico ordine sancita, cum opus sit præstare. Accidit quod verba: *Sermo vester*, ὁ λόγος ὑμῶν *d. Cap.* 5. *v.* 37. arguant de Sacramentis assuetæ levitatis, in communi usu vitæ eum loqui; non quorum in dirimendis litibus usus est. In hac quippe hominum mutua diffidentia haut facile nudæ assertioni in rebus majoris momenti, præcipue ubi asserentis commodum vertitur, fides habetur. Ac Hesiod. quidem in *Theogonia* fingit jusjurandum ex Eride natum. Si mores hominum plane integri, non modo juramentis, sed nec LL. plerisque, legum certe pœnis non opus esset. Ast, ut illi ferunt, adhibenda religio sacramenti, qua ad verum dicendum fidemve servandam arctius adigantur. Pluribus hunc verum usum juramentorum firmant. Covar. *ad Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. §. 6. Bronch. 1. *Misc.* 58. Obrecht. *de Juram. calum. Cap.* 1. *n.* 11. et seq. Dominio Soto *Lib.* 8. *de Just. et jure Quæst.* 1. *Art.* 2. Jacob. Ebert. *Tr. Eth. de Juram. Quæst. anne jurare liceat pag.* 79. *et seqq.* Waromund. ab Erneb. *Meditam. pro fœneribus Lib.* 2. *Cap.* 1. *n.* 118. et seq.

4) *Auth. Sacramenta C. si adv. vend.* sic sacramenta militiæ *L.* 2. §. 3. *de his qui not. inf. L.* 14. *de his qua ut indig. L.* 11. *pr. de adulter. L.* 13. §. 3. *L. ult. de re milit. L.* 2. *de Veteran.* vel quod res sacra cum Deo fiat. Fortun. Carcia in *Cap.* 1. *de pact. n.* 114. *pag.* 1108. rei sacræ arctissimum vinculum, nullo modo ludendum, Olden. *Cal.* 1. *Act.* 9. *initio* Obrecht. *de Juram. Cal. Cap.* 1. *n.* 9. Vel quia sacro testimonio fides fit, et jurans se consecrat ad pœnas, si fallat Jacob. Ebert. *Tr. Eth. d. Juram. tit. de vocab. Latinis*, per locum *Cic.* 7. *Ep. fam.* 32. Et ita Duar. in *Prior. Comm. h. tit. Cap.* 1. Qui jurat, devovere se, ac quasi sacrare ac ultioni divinæ subjicere intelligitur, si sciens fallat. Et in *Post. Comm. Cap.* 1. nam, ait, jurare est devovere et sacrare, quia aliquid inest sacri. Sacer enim Romanis dictus, cujus corpus Deo cuidam, inferorum præsertim devovebant, ut impune occidi possit. Vid. Revard. ad *LL.* 12. *tab. Cap.* 4. Rad. Forner. 6. *Rer. Quotid.* 15. Fopp. ab Aezema 1. *Dissert.* 3. Et Synonima nunc jusjurandum et sacramentum, Covar. ad *Cap.* 2. *de pact. in* 6. *pr. n.* 2. Etsi veteribus ut, Varro 2. *de ling. Lat.* Sacramentum quoque pro pecunia quæ in æde Sacra a litigantibus deponebatur Pithae. 1. *Advers. Subseciu.* 18. Forst. *de Jurisdict. Rom. P.* 2. *Lege Numæ* 3. *n.* 113. Jurare vero *a jure* quod id quod juratur pro lege et jure habendum, sancteque veluti jus, servandum sit C var. ad *d. C.* 2. *P.* 1. *princ. n.*

bus Imperatoribus pro iureiurando: quod quæ religiosa affirmatio esset, eadem esset et sacra: iusiurandum autem religiosam affirmationem esse intelligerent. *L. actori*, *L. si quis*, *L. pen. et ult. C. eod.* sic autem religiosa est et sacra affirmatio, si ita quis iuret, ut Deus in verbo suo præscribit, idest, aut Deum testem invocando, 5 aut in se et salutem suam quid comprecando, ni ita sit; ut dicitur. Nam et

4. Dominic. Soto *Lib.* 8. *de Iust. et jure Quæst.* 1. *Arp.* 1. Non tamen juramentum, quasi juris adstringimentum ut Panormit. *in Rub. Extr. h. t. et* Bargal. 3. *de Dolo* 14. *n.* 4. nec a jure mentis quod obligatio in mente oriatur, nec a jure manente, sed a jurando simpliciter, sicuti libamentum lenimentum etc. Jusjurandum autem quasi Jovisjurandum dici vult Lips. 1. *Elect.* 18. *p.* 567. Ex loco Apulei *de Deo Socratis* a se emendato. Sane et Jovis antiquitus, qui hodie Jupiter, Paul Merula *Comm. in Lib.* 1. *Annal. Ennii p.* 245. Verum inflexio resistit jurisjurandi etc. Dicitur et jurandum pro jusjurando Plaut. *Cistell.* Terent. *And.* Auson. Popma de *Usu antiq. locut. Cap.* 7. Et ita accipitur in versu Ennii *apud Ciceron.* 3. *Off.* Jurandum Jovis, idest Jovem lapidem. Cæterum Vult. *Disc. schol.* 7. *p.* 70. ex usu juris differre vult Juramentum quod super re non controversa interponitur et jusjurandum super re controversa: eo quod hic decidantur merito caussæ, seu quid juris sit, ut quis de jure suo juret. Sed eam differentiam non semper servari, per *L. pen. C. h. t.* Atque ita non differre. Hæc. Beust. ad *Rub. D. hoc tit. n.* 29. De variis jurisjurandi appellationibus Latinis et Græcis Io. Guil. Stuckis *Descript. Sacror. et sacrif. gentil. fol.* 90. et *sequentib.* Jacob. Ebert. *Tr. de Juram.* qui et de Hebræis, Chaldæis, Syriacis. Vernacula *Eidt* quasi *Eindt* unitum scilicet cum eo qui solus vere unus est, ut ex Gorop. *Lib.* 4. *Hermathenæ* Ebert. *dict. loc.* item *Schwuchr* ac *Schvuchren* a gravitate et onere quia res periculosa et difficilis. Ebert. *d. loc.* Io Guil. Stuckjus *Descript. Sacror. Sacrificiorumque gentil. fol.* 92

5) Ita Duar. *in Prior. Comm. h. tit. Cap.* 11. non omnino improbandum in quo non expresse invocatur nomen Dei, cum respectu Divini Numinis juratur *L.* 33. *h. tit.* Sic enim Joseph per vitam et salutem Pharaonis. *Genes.* 42. *vers.* 15. ac plerique sancti patres eodem modo jurasse leguntur. Et in *Post. Com. Cap.* 4. *fol.* 264. Qui per salutem respectu Numinis jurat, ita se subjicit ultioni divinæ, ex qua sua salus pendet, cuique eam devovet, si sciens fallat. Atque ita in *Synopsi Basil. lib.* 22. *t.* 5. *Cap.* 30. ὁ κατὰ τῆς ἑαυτῦ σωτηρίας ὄμνυς δοκεῖ ὀμνύναι κατὰ τῦ Θεῦ. Qui per salutem suam jurat, videtur per Deum jurare. Sic Urias 2. *Reg.* 11. *v.* 11. per salutem Davidis et suam, etsi a levitate Chaldæorum aliorumque gentilium id tractum putet Jacob. Ebertus *Tr. Rthico de Juramentis p.* 44. Et Paulus Apostolus *Rom.* 1. *vers.* 1. per veritatem et conscientiam suam jurat ac 2. *Corinth.* 2. initio per animam suam. Frequensque veteribus ut per salutem, item caput suum, vel liberorum suorum jurarent *d. L.* 3. §. *ult. L.* 4. *L.* 33. *h. tit.* Et pluribus aliorum auctorum locis comprobant Forcat. *Necyom. Dial.* 12. Briss. 8. *Formul.* Robert. 1. *Rer. judic.* 11. Vult. *Disc. schol. Cap.* 7. *initio* (ex quo ad verbum, tacito auctore, per pag. duas transcripsit Setser. *Lib.* 1. *de Juram. Cap.* 3.) Sicuti apud Turcas per caput suum maximum jusjurandum haberi refert. Paul. Jov. *Lib.* 13 *histor. pag.* 566. Per cineres quoque parentum ac majorum jurabant, Propertius 2. *Eleg.* 20. *et* 4. *Eleg. ult.* Seneca 7. *Controvers. Præm.* Jurat per patrios cineres, jurat per patris memoriam, Briss. *d. loc.* Ritterhus. *Partit. feud. Lib.* 1. *Cap.* 10. *Quæst.* 4 Et hoc quidem merito superstitionis damnatur. Istud vero per salutem suam non item, cum salutis actor Deus intelligatur. Nam et cum LL. Digg. juxta Justiniani mentem accipiendæ sint; apparet hanc jurandi formam ipsi non improbatam. Satis namque esse ratus est, si per Dei nomen implicite aut oblique juretur. Sed et Arcadius ac Honorius Impp. Christiani, Magni Theodosii filii, per salutem principum juramentum comprobant *L.* 41. *de transact.* Neque Christiani sub Ethnicis principibus id renuebant Tertullian. *Apologet. Cap.* 32. Sicut non juramus per genios Cæsarum, ita per salutem eorum, quæ augustior est omnibus geniis ref. Goth. *ad d. L.* 41. *et ad d. L.* 2. *C. h. t.* Eo quod per salutem auctor salutis verus Deus, per genium falsus et fictitius intelligeretur Vult. *Disc. Cap.* 7. *pag.* 65. Et sub Christianis Impp. milites jurasse per Deum, Christum, Spiritum Sanctum et per Majestatem Imperatoris ex Veget. *Lib.* 1. *Cap.* 5. refert Borch. *Cap.* 1. *n.* 25. Ac licet Carolus Magnus per salutem Principis jurare vetuerit, Vult. *d. loc.* uti *Legis Francicæ Lib.* 3. *Cap.* 42. habetur, ut nullus præsumat per vitam Regis et filiorum ejus jurare. In Oriente tamen sub Manuele Comneno (qui Coævus Cunrado II. Imp. Occid. ut Cuspinianus *et alii*) per Imperatoris Caput juratum, uti Constantinus Andronici filius per vitam Imperatoris juravit, ceu *ex Cedreno* Robert. 1. *Rer. judic.* 11. *pag.* 220. Plane Vult. *d. Cap.* 7.) ex eo Setser cui solemne et fere perpetuum pleraque ad verbum largissime transcribere 1. *de Juram.* 3. Verum Juramentum statuit, quod nominatim per Deum: Quasi jusjurandum vero, quod per rem aliam, intuitu Numinis divini: præstitum; Hodieque hoc sublato, illud solum superesse. Quin Wes. *Par. h. t. n.* 6. promissionem per fidem, non modo civilem sed etiam per Christianam, religiosam, salutem animæ, non se pro jurejurando sed vice piacnli ac sacrilegii habere scribit. In quo indigne lapsus videtur eximiæ alias et pietatis et doctrinæ Iurisconsultus (cujus verba per integram *pag.* tacito auctore pro suis usurpat Setser. *Lib.* 1. *Cap.* 15. *n.* 36. *et seq.*) Ita enim sacrilegii rei non modo erunt veteres Christiani, sed et ipse gentium doctor Apostolus Paulus, cui hæc ipsa religiosa assertio fuit, ut supra. Vid. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 2. *n.* 65. *et seq. et n.* 75. Confer. Dominic. Soto *Lib.* 8. *de Justitia et Jure Q.* 1. *Artic.* 6. Nunquid igitur fidei præstatio (absolute) vel interpositio verum juramentum? Ita sane vult Martin. Uran. *ad Cap. querelam* 10. *h. t. n.* 4. 1. per caput *ex rescripto* 9. *extr. h. t.* 2. Quia verum est jurisjurandum ait, ita me Deus adjuvet, testis est Deus, in veritate dico, etc. *Cap. etsi* 26. *h. tit.* Fides autem est veritas. Enimvero veteres gentiles per fidem quoque jurabant, Petron. *Satyr.* Idque illis sanctissimum jusjurandum, Plut. *in Numa καὶ τὴν μὲν πίστιν ὅρκον ἀποδεῖξαι Ρωμίαοις μέγιστον*, Halicarn. 9. *antiquit. Rom.* Sic Euclio ad Lyconidem. Dic, *bona fide* tu id aurum non subripuisti, Plaut *Aulular.* 4. *Sc.* 10. Desider. Herald. *Lib.* 2. *Advers. Cap.* 3. *et* Turneb. 18. *Advers.* 25. Iisdemque formula solemnis: *ex animi sententia*, cujus frequens mentio, Cic. 3. *Acad. QQ. et* 3. *Offic.* ubi verbis ita concipi testatur. Vid. Agell. 4. *Noct.* 20 et plures quos adducit Briss. 8. *Formul. pag.* 711. Quod idem est, atque ex conscientia ac sincera fide, Cujac. 1. *Obs.* 21. Quia ut Quintil. *Lib.* 8. *Cap.* 5. Sententiam veteres, quod animo sensissent vocaverunt. Nam et juraturi, ait et gratulantes ex sententia dicimus, Hot. 2. *Amicab.* 21. Eaque formula loquendi in *L.* 3. §. 2. *in fin. de testib.* ubi jusjurandum non denotatur ut et in Oratione Marii apud Salust. in *Jugurt. Cap.* 85. Me ex animi mei sententia lædere nulla oratio potest, Fulv. Ursin. *in Not. ad Salust. ibid.* Attamen inter Christianos præstatio fidei civilis ac politicæ verum jusjurandum censeri minime potest, nec fractione fidei perjurium incurri, etsi incurratur, si sub fide Christiana facta, unde fideles nominantur: quia ita per ipsius Dei nomen, saltem oblique ac implicite juratur, Vid. Rauchbar. *d. P.* 2. *Quæst.* 2. *n.* 65. *ac seqq.* Covar. *in Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. *Relect.* §. 2. *n.* 4. Bronch. 1. *Misc.* 60. Hinc dirimenda nostrorum contentio, qui disquirunt, an vulgatæ nostra ætate formulæ *Bey Furstlichen*, *Graffichen vnd Adelichen Eheren*, *Treuu vnd Glauben.* Jurisjurandi loco haberi debeant. Quod equidem affirmant, ac fere vim juramenti realiter præstiti verbis hisce tribuunt, de notissima Germaniæ consuetudine attestantes Mynsig. 1. *Obs.* 17. Gail. 2. *Obs.* 59. Beust. *ad L.* 3. §. *ult. h. t. n.* 14. *et seqq.* Wesenb. *Cons.* 10. *n.* 24. *et Cons.* 14. *n.* 15. Sixtin. *Cons. Marp.* 12. *n.* 2. *Vol.* 3. Meichsner. *Tomo* 1. *Decis. Cam.* 2. *n.* 30. *et n.* 142. et *Decis.* 18. *n.* 10. *et* 25. *ac Tom.* 4. *Decis.* 1. *n.* 3. *ac Decis.* 22. *n.* 39. Otto Meland. *Com. Cameral. Part.* 2. *fol.* 454. Gilman. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 14. *n.* 32. Wehener. *Observ. Pract. d. V. S. v. Bey Trevu vnnd*

et hoc posteriore modo petitur, ut Deus sit vindex. In quam sententiam conveniunt exempla *L.* 3. *§. ult. L.* 4. *L.* 5. *in pr. hic.* Summa autem est, ut iuretur per Deum, seu ut Deus ut testis aut vindex adhibeatur; non autem [6] *juretur* (*) *per ullam creaturam*, multoque minus per falsos Deos, ut bene comprehensum est in *c. etsi Christus, ex de jur.* sumptum ex verbo Dei, *Deut. c.* 6. *et ad Heb. c.* 6. Secus si quis iurat, id demum est iusiurandum, quod Ulpianus illicitum vocat, et improbatæ religionis in *L.* 5. *§. sed si quis, hic*, etsi ipse ethnicus de vero Deo et vera religione non sensit. Hoc vero omne est eiusmodi, ut nec [7] pro iureiurando sit habendum. Ac de eo etiam isto modo idem Ulpianus scribit in *d. L.* 5. *§. sed quis.* Non enim di–

Glauben, bey Furstlichen Grafflichen vnnd Adelichen Ebren. Knich. de Sax. non provoc. jure v. jus Cap. 4. *n.* 63 Rauchbar *P.* 1. *Quæst.* 34. *n.* 16 *et P.* 2. *Quæst.* 2. *n.* 56. Rulant. *de Commiss. P.* 2. *Lib.* 2. *Cap.* 11. *n.* 41. *et. n.* 50. Hering. *de Fidei Cap.* 27. *P.* 1. *n.* 298. Beust. *ad L.* 3. *LL. ult. junct.* 2. *et seqq. h. t. n.* 13. *et seqq.* Coler. *de Process. P.* 1. *Cap.* 10. *n.* 251. Speckan. *Cent.* 1. *Q.* 4. *n.* 5. *et seqq.* ubi n. 12. idem esse in DD. et aliis honestioribus personis. Ac nobiles Gallos passim ita jurare, par foy de Gentil-homme, per fidem nobilis, refert Tiraq. *de Nobil. cap.* 37. *n.* 126. Add. Raudens. *Decis. Pisana* 23. *n.* 23. Joan. Petr. Surd. *Decis.* 234. Contra, hoc negant Covar. *in d. Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. *Relect.* §. 2. *n.* 4. Forster. *de Jurisdict. Rom. Q.* 2. *lege. Numæ.* 3. *n.* 27. Bart. Kellenbenz. *de renunciat. success. Q.* 3. quia, ait, definitio juramenti, invocatio nominis divini huic formulæ non competit. Ac Hart. Pistor. *Lib.* 4. *Q.* 6. n. 2. statuens, quando actus jure Civili invalidus, Jure Canonico solum juramenti religione sustinetur, ut successoria renunciatio jurata: hanc fidei præstationem vim juramenti non habere, cum nec religionis quidquam in se habeat. At qui contra proferuntur loci, *Cap. pervenit.* 3. *h. t. ca. ad aures* 3. *de his quæ vi met.* ca. de fide Theologica loqui, non politica, ut Abbas et Felinus acceperunt, de fide Christiana vel in Deum, non de fide Principum (Confer Dominicum Soto *Lib.* 8. *de Instit. et Jure Q.* 1. *Art.* 1.) Illud tamen largitur, quod contractui per se valido accedens ea promissio plurimum roboris adferat obligationi. Non vero admittit eam loco jurisjurandi esse, ubi id pro solemnitate vel validitate actus requiritur, quia juramentum per æquipollens non impleatur. Alias, ait, statueretur ita non solum abrogatio vel derogatio juris communis, sed et novæ et correctoriæ dispositionis juris Canonici extensio. Itaque attestationem Mynsing. ac Gailii de usu Germaniæ accipiendam putat de casibus, quibus contractui valido, majoris firmitatis caussa accessit fidei illa præstatio. Denique et Coler. *Cons.* 29. *n.* 146. prius istud non æque ad Comites uti ad Principes pertinere, (uti et Jo. de Platea et Henn. Goden. quos citat, sed non sequitur Andr. Scheffer *QQ. Pract. P.* 2. *Q.* 3. *n.* 200. et seqq.) *et n.* 149. ubi ex stylo notarii adjecta ea formula, ejus non eandem vim esse. Placet nobis distinctio Asinii *de exsecut.* §. 8. *Cap.* 15. Rauchbar *P.* 2. *Q.* 2. *n.* 71. *et sequent.* Martin. Beachendorff. *ad Seraphin. Privil. Juram. in Præfat. n.* 22. *ad privil.* 67. *num.* 9. et seqq. Bronch. 1. *Misc.* 60. Quod verum jusjurandum non sit, ideoque nec contraveniens perjurii pœnam incidat. (Tametsi ex *supr.* citatis plures ei locum esse scribant. Quod et quotidie practicari refert Arnold. Reiger. *add. ad Monsig.* 1. *Obs.* 17. Et quod perjurus hiuc ac infamis fiat, censet Wehner. *Obs. Pract. de V. S. angeloben. et V. Haud. gegebne Trevv.*) Attamen ita promissum sub fide æque servandum, ut ita habeatur pro juramento, aut illi æquiparetur, ad quod plures citat Andr. Scheffer. *P.* 2. *Quæst. Pract.* 3. *n.* 193. Nam principum et nobilium promissa pro factis haberi, nec verba eorum unquam esse irrita debent, de quo vid. Tiraquell. *de Nobil. Cap.* 20. *n.* 23. et seq. præcipue autem principem decet fidei stabilitas ut omne ejus verbum instar juratæ alterius promissionis haberi conveniat. Vid. Hipp. a Collib. *in principe Cap.* 10. ac quæ refert Hering. *d. Cap.* 27. *P.* 1. *n.* 30. et seqq. Scheffer. *d. Q.* 3. *n.* 195. et seqq. Jacob. Aleman. *Palæstra consultat. Cons.* 8. *p.* 741. Quibus addo scitam Manuelis Palæologi Imp. Orientis sententiam *Præcept. educat. regia ad Joan. filium Cap.* 81. *οἴμαί σοι καὶ λόγον ἀνθ' ὅρκȣ πρὸς ἅπαντας ἀρκέσειν ἀνθρώπους Leunclavius* qui edidit, vertit. Orationem tuam jurijurandi loco mortalibus universis suffecturam arbitror. Plane in fœderibus inter principes faciendis hoc non admittendum esse monet Waremund. de Eremberg. *Meditament. pro fœderib. Lib.* 2. *C.* 1. *n.* 123. *et n.* 131. Exactiora de his alias.

6) Deut. 10. v. 20. *Josuæ* 23. *v.* 22. *et seqq. Rom. v.* 9. *et C.* 9. *v.* 1. 2. Corinth. 11. *v.* 31. *etc.* Jusjurandum enim est species cultus divini, qui non dandus est creaturæ, Cujac. *ad d. Cap. etsi* 26. *h. t.* Duar. *Prior Comm. h. t. Cap.* 11. Vid. Covar. *in Cap. Quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. §. 1. Impium quoque jusjurandum quo Deo tribuitur quod ei non convenit, ut per caput vel capillos Dei *Nov.* 77. *Cap. si quis per capillum* 10. *Cap.* 22. *Q.* 1. Duar. *h. tit. Cap.* 11. Asin. *de Exsec.* §. 8. *Cap.* 44. *ac seq.* item si per membra Christi irreverenter juretur, Vid. post alios Rauchb. *d. Q.* 2. *n.* 26. Confer. Dominic. Soto *Lib.* 8. *de Just. et Jure Q.* 2. Art. 3.

(*) Videtur Donellus hic universe improbare omne juramentum quod fit per creaturas: quod absolute dictum utique contrarium est Catholicæ doctrinæ. Secundum quam licitum est jurare etiam per creaturas, quatenus tamen referantur ad Deum, cujus veritas, præsentia, bonitas et potentia elucet in creaturis per quas juramus. Ita D. Thom. in 2. 2. *Q.* 89. *Art.* 6. Dominic. Sot. *de Justit. et Jur. Lib.* 8. *Q.* 1. *Arc.* 6. *Concl.* 1. Didac. Covarruv. in *Cap. Quamvis, de pact. in* 6. *Relect. P.* 1. §. 1. *n.* 7. Emman. Honzal. in *Cap. Etsi Christus Extr. de jurejur. in Not. n.* 2. *et in Comment. ejusd. Cap. n.* 11.

7) Diff. Innoc. Panorm. et alii *in ca. etsi* 26. *ext. h. t.* quos refert. Covar. *ad Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. §. 1. *n.* 20. ac sequitur Joan. Bapt. Asin. *Tr. de exc.* §. 8. *Cap.* 10. *et Cap.* 47. etsi Christianus per idola jurans gravissime peccet, servare tamen juramentum teneri per illa Augustini relata in *Cap. ecce dico* 10. 22. *q.* 5. quæ tamen a *Gratiano* aliquatenus immutata esse scribit Covar. *d. loc.* Qui recte censet ibid. *n.* 24. ubi juratum est per Deos, quos falsos jurans agnoscit, deficere jurisjurandi definitionem, cum nec re nec opinione divini Numinis obtestatio adsit. Et ad *d. Cap.* 10. Covar. loqui non de vero perjurio, sed de simplici fidei violatione, gravi per se peccato. Et Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 7. ut id servetur, non fieri jurisjurandi religione, sed humanæ fidei oblatione. Qui et ad *d. Cap.* 10. Loqui id non de juramento quod Ethnici Jovem lapidem dicebant, sed ante lapidem terminalem præberi solito ut *Genes.* 31. *V.* 40. add. Caroc. *de Juram. lit. Decis. Q.* 11. *principali n.* 5. Sane infidelis juramentum per suos quos colit Deos ipsum obstringere censent Covar. *d. n.* 24. *ac P.* 3. §. 4. *n.* 1. et Parlad. *d. C.* 4. *n.* 6. *per Cap. movet*: 16. *Cap.* 22. *Q.* 1. et propter opinionem ipsius jurantis. Quare etsi Turcæ deferatur jusjurandum, utilitatem postulare ut per Mahumethum juret, quia facile per Christum pejeraturus, scribit Duar. *in Priorib. Com. ad h. t. C. Cap.* 11. *et in Poster. Com. Cap.* 4. *f.* 864. *col.* 2. Ant. Del Re *de Juram. Calum. C.* 15. *n.* 167. et seqq. Vel jurare debet per Deum Creatorem cæli ac terræ, ubi vere per Divinum Numen jurari censet, ut Covar. *d.* §. 4. *n.* 1. Quod non ita est. Neque enim Turcæ verum Deum colere dicendi, cum non colant Trinunum, nec patrem Servatoris nostri, uti nec Judæi. Qui qua formula jurandi obstringendi sint, consule Myns. 6. *Obs.* 20. Asin. *de Exsecut.* §. 8. *C.* 43. *et C.* 48. ac seqq. Caroc. *de Juram. Decis. Q.* 11. *principali* Seraphin. *Privil. Juram.* 123. *et ibi* Beuchendorff. Beust. *in Rub. D. h. t. n.* 219. *et in L.* 3. §. *ult. junct.* 2. *LL.* seqq. *n.* 6. et seqq. fuse Ant. Del Re *d. Cap.* 15. *n.* 170. usque ad *n.* 182.

dicit id servandum non esse, quanquam re vera non servatur; sed hoc amplius pro eo id haberi, atque si iuratum non esset: quod quidem efficitur ex superiore definitione.

3 Neque hoc ita dici otiosum est. † Hinc enim fit, quod ille ibidem adiicit, ut ne sic quidem sit servandum, quamvis adversarius, quo deferente iuratum est, id ipsum iusiurandum detulerit. Quod et ipsum recte dicitur. Etsi enim nulla fieret deferenti iniuria, si id servaretur, quod sibi iurari voluit: *L. nemo videtur*, *infr. de reg. jur.* potestque dici ipsum sibi imputare debere, qui non idoneum iusiurandum detulit, ut de eo dicitur, qui præposuit merci non idoneum institorem: *L. sed etsi*, *§. ult. et L. seq. infr. de instit.* tamen eum de servando iureiurando hic agatur, non de deferentis conditione: nihil ad rem pertinet, quid deferens voluerit, nisi et iusiurandum sit interpositum, quod prætor exigit. Jam autem dixi non esse iusiurandum, quod est illicitum. Itaque etsi vere dicitur hoc iusiurandum pro non delato esse, quia recte non defertur: tamen magis ideo non servatur, quia iuratum non est, quam quia non est delatum: cum si non iure, at saltem voluntate deferentis delatum sit, et adversus illum pro delato haberi non sit iniquum. Quam ob caussam visum est hanc speciem iurisiurandi ad hanc conditionem potius debere referri. Sed hactenus prætor non tuetur eum, qui delato iureiurando non iuravit, nisi ei [8] remissum sit iusiurandum. Quod cum factum est, perinde habetur, quasi iuratum esset. *L. 5. §. ult. L. nam postea*, *§. 1. hic. L. 1. L. actori*, *C. eod.* Sic remitti iusiurandum Pau-
4 lus docet in *L.* remittit, *hic.* † *Remittit*, inquit, *jusjurandum*, *qui deferente se*, *cum paratus esset adversarius jurare*, *gratiam ei facit*, *contentus voluntate suscepti jurisjurandi. Quod si non suscepit jusjurandum*, *licet postea parato jurare*, *actor nolit deferre*, *non videbitur remissum. Nam quod susceptum est remitti debet.* Significat his verbis, remittere iusiurandum, esse quidem non exigere amplius iusiurandum ab adversario: sed ita, si in personis litigatorum hæc [9] concurrant, ut dicat se amplius non exigere is, qui prius detulerat, et dicatur ei qui delatum susceperat: et in summa solum id remitti, quod prius delatum adversario, et ab eo susceptum illi remittitur. At cur nec alius remittit, nec alii remittitur? Quia, inquit Paulus, *quod susceptum est*, *remitti debet.* Quod cum de suscepto dicit, simul dicit et de delato. Neque enim suscipitur, nisi quod ante delatum fuit. Sed cur, inquam, solum quod susceptum est, remitti debet? Non utique iuris aliqua auctoritate, quasi ita nominatim iure cautum sit, ne remittatur, nisi quod delatum et susceptum est; sed verbi ipsius significatione, quæ ita fieri debere, idest, ita fieri necesse esse declarat: ut dicendum sit nec alium remittere, quam qui detulit, nec alii remitti, quam qui suscepit, quia nec potest. Remittere enim est condonare et relaxare alicui, quod is sine remissione ferre ac pati cogeretur: ut remittere pignus est, voluntate sua a nexu pignoris discedere. *L. 4. C. de remis. pig.* Remittere nuntiationem novi operis est, necessitatem ab opere cessandi nuntiatione impositam remittere. *L. 1. infr. de remiss.* Remissio mercedis est, mercedis debitæ exoneratio. *L. ex conducto*, *§. Papinianus*, *§. ubicunque*, *infr. loc.* Sic remittere iusiurandum, nihil aliud est, quam necessitatem iurandi alicui iure impositam ei remittere, et ut Paulus loquitur, eius necessitatis gratiam illi facere. Jam vero hæc necessitas non imponitur nisi ei, qui ante delatum sibi iusiurandum ex conventione suscepit. Nam cui adversarius iusiurandum non detulit, is citra controversiam iurare omnino non cogitur. *L. delata*, *C. eod.* Sed etsi cui delatum est, nisi id ultro suscipiat, tamen ideo non habet necesse præcise iurare, quia potest interdum iustis ex caussis recusare, potest et referre: *L. mani-*

8) Ita *d. L. 6. et L. 32. h. tit.* dum delatum ac susceptum, nec dum præstitum remittitur. Alio sensu gratia jurisjurandi fieri dicitur *L. ult. pr. ad Municip.* Plaut. *Rudente Act. 5. sc. ult.* Sueton *in Tiberio* cum præstiti jurisjurandi religione quis liberatur, aut jurato promissum ei remittitur, Rævard. 5. *Var.* 2. Qui posteriori hoc modo accipit *L. pen. h. t.* ubi gratia fieri absenti et ignoranti dicitur. Nam cum remissio ea, quæ pro præstatione, non fiat, nisi jurare parato *d. L.* 6. qui quæso ignorans dicetur suscepisse jusjurandum. Sed immo *d. L. pen.* recte vulgo et a Broch. *h. Tr. Cap. 6. n.* 20. exponitur de remissione quæ hujus loci, alias ea L. non conveniret tit. proposito. Nec obstat ratio Rævardi. Evenire enim potest ut delatum protinus acceptetur, deinde moræ intercedant, antequam præstetur. Hic etsi deferens absente altero remittat, jurisjurandum pro præstito est, die remissionis.

9) Non autem remittere potest pupillus a tutore delatum *L. 32. h. tit.* sed nec ipse tutor, quia species donandi est, nec justa caussa esse potest Cujac. 6. *Diff. Modest.* ad *d. L.* 32. Sed Duar. in *Prior. Comm. h. t. Cap.* 14. *et in Poster. Cap. 4. fol.* 865. excipit, nisi tutor post delationem competerit reum non debere, proinde bonam fidem agnoscat. Arg. *L. 9. §. 6. de admin. tut.* Ubi certo scit is qui detulit adversarium pejeraturum, debere ei remitti jusjurandum, ut perjurium vitetur, docet Petr. Gregor. 50. *Synt. 6. n.* 6. Quo facit quod tradunt deferentem verosimiliter pejeraturo plus quam homicidium esse, post Felin. Asin. de *Execut. §. 8. Cap. 2. n. 22. per Cap. ille qui hominem 5. Cap. 22. Quæst.* 5. addat. Dominic. Soto *Lib. 8. de Just. et Jure Quæst. 2. Artic.* 4. Pacian. *Lib. 1. de Probat. Cap. 70. n. 10. et* 2. seqq.

nifeste. hic, *d. L. delata*, *C. eod.* Ita fit, ut in quo hæc duo non sint, non possit dici ei remitti necessitas iurisiurandi, quæ in ipso, si velit, nulla est. Tum demum necessitas iurandi affertur, cum delatum sibi iusiurandum quis suscepit ex consensu. *L. jusjurandum quod*, *hic.* Proinde et huic soli hæc necessitas remitti recte dicitur, et is solus remittere, qui hanc illi necessita-
5 tem deferendo iureiurando imposuit. † Remissum iusiurandum pro præstito habetur: quia satisfactio pro solutione est. *L. satisfactio*, *infr. de solut.* Est autem genus satisfactionis, cum is qui iusiurandum detulit, et cui iusiurandum præstando solvi id videretur, pro iureiurando quod adversarius dare paratus erat, contentus est sola voluntate suscepti iurisiurandi. *L. 1. supr. qui satis. cog.*

C A P. VI.

Jurandum ex conditione delata, seu ex eo quod delatum est, et hoc quibus rebus contineatur.

S U M M A R I A.

1. *Delatione finita frustra juratur; et finitur, nisi statim juretur.*
2. *Revocato jurejurando finitur delatio.*
3. *Revocare quando sit necesse, et quando liceat: et ad* L. si quis jusjurandum. C. eod.
4. *Probatum semel reprobare me non posse, quomodo accipiendum.*
5. *Conceptis verbis et eadem forma jurandum, si postuletur: et hoc quid sit.*

POstremum est in conditionibus ad vim iurisiurandi pertinentibus, ut si quis iurabit, deferente adversario, iuret conditione delata. Quod sic acceptum est, ut iuret ex conditione delata, seu ex eo quod delatum est: alioqui nihil proficiat iusiurandum, ut scriptum est in *L. 5. in fin. hic.* Ut videatur quis ita iurasse, duabus in rebus positum est: ut iuret, non finita delatione: et iuret iisdem verbis, eademque forma, quibus iusiurandum delatum
1 est. † Ne sit finita delatio, in primis exigimus: quoniam finita pro eo est, quasi nec delatum esset iusiurandum. Finitur aut sua sponte, aut revocato iureiurando. Sua sponte, cum simpliciter iusiurandum delatum est, nec statim iuratur; aut defertur ad tempus, et tempus præstitutum finitum est. Itaque fit utroque modo, ut inutiliter iuretur postea. Cui simpliciter refertur iusiurandum: idest, cui simpliciter ita dicitur, peto ut iures: iurat [1] utiliter, si accipit conditionem, et statim iurat. Quod si discesserit prius, quam iuraret, non remissio ei iureiurando: postea frustra iurabit, quamvis initio se iuraturum suscepisset. *Si neque juratum est*, inquit Ulpianus, *neque remissum jusjurandum*, *pro eo debet haberi*, *atque si res in jusjurandum admissa non esset.* Proinde si postea iurare paratus sit, nihil ei hoc iusiurandum proficiet: quia ex eo quod delatum est, iuratum non est. Hæc in *L. 5. §. ult. hic.* Non dicit quidem aperte: *si neque juratum est* statim, *neque remissum jusjurandum* statim. Sed hoc eum intelligere perspicuum est: cum ita subiiciat: proinde si postea iurare paratus sit, nihil ei hoc iusiurandum proficiet. Nam hoc, *postea*, valet, postea quam res in iusiurandum admissa est. Cur ergo hic postea frustra iuratur? Quia finita delatio est. Unde finitam intelligimus? Ex verbis et mente deferentis. Qui enim ita dicit, iura, vel postulo ut iures, intelligitur hoc dicere, iura in præsentia. Sed et hic plane eius animus est, ut velit ita fieri. Non enim parum [2] interest deferentis, utrum statim iuretur, an postea. Vix enim ulli fere repe-

pe-

1) Quod vulgo ita accipiunt, nisi is cui delatum est, statim acceptaverit jurisjurandi conditionem. Recepto enim jurejurando, etsi necdum præstito, censent pœnitere actori non licere, per *L. 37. h. tit.* quasi nec conveniat rescindi quod semel placuerit. Idemque statuunt, etsi is accepta conditione petat spacium deliberandi, quid ac quomodo juret. Vid. Sneidvin. *in* §. 11. *Inst. de act. n. 78. et seq.* Mudæ *ibid. n.* 15. Cacheran. *Decis.* 8. Stiatic. *Obs. pract. Cap.* 20. *n.* 73. *et seqq.* Caroc. *de Juram. Decis. Q.* 6. *principali* Gilken. *ad L.* 11. C. *h. t. n.* 1. Unde instruunt eum, cui delatum est, ut mox seu in continenti acceptet conditionem, ne pœnitere possit qui detulit: deinde recepto jurejurando petat tempus quo secum expendat, quomodo sibi jurandum sit, *juxta L. 34. pr. h. tit.* Mudæ. et Sneidvin. *d. loc.* Stiatic. *d. Cap.* 20. *n.* 77. Joann. Pels *Process. tit.* 31. *n.* 39. Caroc. *d. Q.* 6. *n.* 5. Beust. *ad L.* 5. §. *ult. et L. seq. h. tit. n.* 1. *ac* 2. Contra, deferentem instruit Zas. ad *d.* §. 11. ut commoneat adversarium ne facile juret, sed accipiat terminum ad deliberandum. Ita enim interea erit facultas pœnitendi. Verum priorem cautelam graviter exagitat Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 9. *in defens. rei n.* 1. volens, cum parcissime juramentis utendum sit, captandam potius omnem occasionem, ut pœniteat deferentem.

2) Ita et Donell. *ad L.* 1. *C. h. tit. n.* 9. *ac ad L.* 2. *n.* 3. cui consentit fere Duar. *ad h. tit. D. in Com. priorib. Cap.* 13. *et in Post. Cap.* 4. *fol.* 864. *in fin.* Quia ideo forte defert, ait, quod ita affectum videat, ut ex

periuntur tam improbi, quin delato iureiurando moveantur statim religione et metu numinis, ne pejerent. At ubi ex illo metu se recipiendi, et cogitandi spatium amplius datum fuerit, solent plerique latebras et excusationes quærere periurio; et tandem reperiunt, quo sibi persuadeant se hoc aut illo modo iurantes periurium evasuros: Alii deliberare, an non sit utilius peierare, quam incurrere in id damnum, aut id dedecus, quod sine periurio passuri essent, et tandem utilitate victi peierare in animum inducunt. Quapropter si alio tempore iuratur: ut tam non iuratur ex verbis deferentis, sic multo minus ex eius sententia: atque ita nullo modo ex delata conditione, quæ finita est. Sed etsi cui defertur, ut intra certum tempus iuret, finito eo tempore perspicuum est, ipsa conditione delationis exstingui delationem: ut accidit in omnibus rebus, quæ ad tempus constituuntur. §. *temporales*, *Inst. de exc.*
2 *L. si arrogati*, *in fin. infr. de tut.* † Revocato quoque iureiurando, finitur delatio: eo quod revocatum perinde habetur, quasi nec delatum esset. Similiter ut mandatum revocatum evanescit. §. *recte*, *Inst. de mand.* Nec quidquam interest in his quæ tui arbitrii sunt, utrum ab initio quid nolis, an cum volueris, in ea voluntate non perseveres. *L. nam etsi*, §. 1. *supr. de inoff. test.* Finge ergo creditorem heredi, cum quo agebat, ita dixisse: cum intra duos menses cognoveris instrumenta hereditaria, et ius tuum, si iurabis te nihil debere, nihil peto: heredem conditionem accepisse. Intra hos duos menses recte iuratur ex eo quod delatum est: sed hac lege, nisi revocatum sit iusiurandum a creditore. Revocato iureiurando, non iuratur ex conditione delata, quæ revocatione finita est.

Quo tamen loco duo quæsita sunt: Primum quid opus sit hac revocatione, cum dixerimus, nisi adversarius statim iuret, statim finiri sua sponte delationem. Deinde, etsi aliquando revocatio deferenti sit utilis; an tamen possit iure revocari iusiurandum quod semel delatum est: cum traditum sit, quod semel probavimus, amplius improbare nos non posse. *L. Pomponius*, *scribit*, *supr. de neg. gest. C. quod semel*, *de reg. jur. in* 6. † Et certum est 3
huic quæstioni de revocatione locum non esse in ea delatione, cum simpliciter delatum est adversario, ut iuraret, de qua specie supra diximus. Sive enim is cui delatum est, statim iurat, valet iusiurandum. *L.* 3. *hic*: eoque sera est iurisiurandi revocatio; sive statim non iurat, sua sponte iusiurandum pro non delato habetur: *L.* 5. §. *ult. hic*: ut proinde in eo revocatio deferenti non sit necessaria. Sed potest iusiurandum adversario ita deferri, ut liceat ei etiam intra longius tempus iurare: ut in eo exemplo, quo paulo ante usi sumus. Ibi et durat delatio ex voluntate deferentis, quamvis non statim iuret adversarius; et potest is statim non iurare: ut illinc quidem adversus delationem necessaria sit revocatio, si eam intra tempus constitutum manere nolumus; hinc autem non sit revocatio intempestiva, si modo et ea iure admittatur, de quo, ut dixi, dubitatum est. Quod ni ita esset, non fuisset Justiniani constitutione opus ad hanc rem decidendam. Et is in *L. si quis iusiurandum*, *C. eod.* de eo sic constituit in summa: iusiurandum delatum pro arbitrio deferentis revocari posse: dum revocetur ante setentiam definitivam, aut post definitivam, quæ appellatione sit suspensa. Post sententiam a qua appellatum non sit, revocari non posse. Nihil exprimit constitutio, quomodo iusiurandum, cuius revocationem permittit, fuerit delatum, utrum simpliciter, an ad tempus. Sed [3] cum in priore revocatio sit sa-

tempore non facile sit pejeraturus; postea vel suasu alterius, vel alia de caussa consilium mutare possit. Enimvero DD. qui dissentiunt ut *N. præced.* declarant; nisi novas probationes nactus deferens: ubi et acceptatum juramentum recte revocari volunt. Cacheran. *d. Decis.* 8. Moller. 3. *Semestr.* 3. *n.* 10. Caroc. *Q.* 10. *principali* Sneidvin. *in d.* §. 11. *n.* 81. Heig. *Parte* 2. *Q.* 4. *n.* 14. Confer. Jacob. Schult. *Obs. forensi* 51. Stiatic. *d. Cap.* 20. *n.* 78. Sed et ortis inimicitiis, a delatione licite recedi Caroc. *Q.* 3. *Q.* 7. *principalis.* Jure Saxonico is cui delatum est, dilationem habet usque ad proximum judicium *Landr. Lib.* 2. *Art.* 10. Intra quod tempus nisi juret: juramentum pro deserto vel neglecto: ac si adversarius id tunc recipere nolit, id pro præstito est, ut art. seq. Sneidvin. *in d.* §. 11. *n* 82. et ita Fachs. *inter diff.* Zobel. 34. *P.* 1. *n.* 6. jure hoc non posse actorem durante dilatione revocare jusjurandum per *d. art.* 11. *ac* Reinhard. *ibid.* Quod confirmari videtur ex *Nov. Elect. Saxon.* 14. *Parte* 1. Contra tamen nititur Moller. 3. *Semestr.* 3. *et ad d. Nov.* 14. *n.* 8. *et seqq.* quem de hoc consule.

3) Hanc Donelli interpretationem ceu divinatoriam taxat Gilken. ad *d. L.* 11. *n.* 1. quia, ait, nulla de tempore certo in lege mentio. Putatque, modo is cui defertur, statim declaret quid jurare velit, non revocari posse, nec si tempus adscriptum. Quod si initio recusaverit, amplius, altero invito, non audiendum. Ubi vero tacuit, ac deliberandi spatium petiit, tunc deferenti potestatem revocandi esse. Atqui nec ita coarctare *d. L.* 11. convenit. Quare hæc *d. L.* 11. sententia: quod, etsi accepta conditio ab adversario jurisjurandi simpliciter delati, revocari possit Confer. *Duar. Prior. Comm. h. tit. Cap.* 13. Enimvero etsi jusjurandum simpliciter delatum, nec protinus acceptatum, si interposito spatio juret, adversario præsente: is non audiendus, si cavillari velit, jusjurandum tenere. Debuerat enim in præsenti reluctari, per *Cap. qui tacet de Reg. Jur. in* 6. Gilken. *in d. L.* 11. *n.* 21. add. Caroc. *Q.* 6. *principali.* *n.* 3. Præstandum vero etiam conventionale juramentum, non nisi præsente, aut vocata parte. vid. Tessaur. *Decis.* 86.

inutilis, ut ostendit, ad posterius constitutio aptanda est. Alioqui nequidquam de iureiurando revocando cavebitur, eritque hoc modo constitutio vitiosa et inutilis, contra quam leges interpretari convenit. *L. 1. in fin. ad municip. L. in ambigua, supr. de legib.* Cæterum si quod erit iusiurandum eiusmodi, de cuius revocatione non inutiliter quæratur, lex generaliter scripta est, efficitque id omne revocari posse, sive in iudicio delatum erit, sive extra iudicium. Loquitur quidem constitutio de sententia definitiva, de probationibus in lite præstandis, de litis termino: quæ omnia ad iudicium institutum pertinent; sed initio generalis definitio posita est de potestate iurisiurandi revocandi. Quæ ut forte verbis generalis non esset; tamen hoc constituto, posse ad iusiurandum revocari, quod in lite ipso etiam auctore iudice delatum esset: multo magis idem de eo dicendum fuit, quod extra iudicium defertur sine ulla iudicis auctoritate. Permittit lex delatum ad tempus iusiurandum, ubicunque id delatum sit, ante id tempus revocare. Etiamne si convenerit in iureiurando deferendo, ut lis iureiurando decideretur, atque adeo convenerit, ut reus ipse iuraret, cui hæc conventio ad exceptionem potest prodesse? Et lex generaliter et sine exceptione constituit, iusiurandum delatum, necdum præstitum quandoque ante sententiam revocari posse. Id et generaliter ac sine exceptione accipiendum est: ut intelligamus ne conventionem quidem esse impedimento, quominus iusiurandum revocare liceat, ubi est opus. Et merito. Conventione enim interposita de lite iureiurando decidenda, ut maxime dici posset in hac conventione non esse pœnitentiæ locum (quod tamen minime dicendum est, ut probatur similibus exemplis in *L. qui pecuniam, supr. si cert. pet. L. 3. et L. 5. infr. de cond. ob. cau.*) tamen vel hoc nomine conventio adversus pœnitentem servanda non est: quia est contra bonos mores, nec potest retineri, nisi dolo malo eius, qui iurare velit, invito adversario. Contra bonos mores est, fieri cuiquam potestatem invito adversario iurandi in re sua: quia hoc modo aperte invitatur ad peierandum, impunitate periurii proposita. Dolo autem malo perspicuum est eum facere, qui velit iurare se non debere, in eoque sibi fidem haberi, ubi actor probare paratus sit sibi deberi, atque ita reum falsum iurare velle. Et parum refert, utrum quis ab initio quid dolo faciat, an postea in ea re incipiat dolo malo versari. *L. sed etsi, §. de eo, supr. de pet. her.* Utraque igitur de caussa pariter improbanda conventio, et quod ad delictum invitat contra bonos mores, et quod retinetur dolo malo. *L. illud, infr. de jur. dot. L. si unus, §. pacta, L. juris, §. ait, supr. de pact. L. pacta quæ contra, C. de pact.*

Non adversatur † huic revocationi, quod dicitur in *d. L. Pomponius scribit, supr. de neg. gest.* semel probatum reprobare me non posse. Non enim hoc 4 dictum est de omni eo, quod quis semel voluit, quomodocunque voluerit. Alioqui nulli licebit in rerum suarum administratione consilium suum mutare in melius, quod fiat sine alterius iniuria: quod secus est; *L. nemo potest mutare, infr. de reg. jur.* sed dictum est de eo, quod quis suo nomine gestum probavit, idest, ratum habuit. Hoc ita semel probatum amplius reprobare non possum: quia si negotium meo mandatu gestum esset, non possem improbare. *L. 6. infr. de cond. ind.* ratihabitio autem mandato comparatur. *L. ult. C. ad Senatuscons. Maced.* Mandatum iustam conventionem habet, quæ adversus mandatum repetenti obstat. Habet igitur et ratihabitio: quasi ratum habendo convenerit, ne de eo quod ratum habui, amplius agerem. Et in summa quod dicitur, Quod semel probavi amplius me reprobare non posse, tunc recte dicitur, cum quid placuit inter aliquos ex conventione. Ab hac enim, invito adversario, recedere non licet, sive meo consensu illi actio parta est, sive exceptio. *L. sicut, C. de obl. et act. L. ab emptione, L. ult. supr. de pact.* Extra conventionem autem quo minus mutem quod semel placuit, nihil vetat. Idque intelligitur ex edicto Prætoris de pactis, quo ille in voluntatibus nostris nihil amplius adversus nos se servaturum pollicetur, quam pacta et conventiones. Est autem pactum non unius consilium et voluntas, sed duorum placitum et consensus. *L. 2. sup. de pact.* Neque vero illa regula pontificii iuris, Quod semel placuit, amplius displicere non posse. *C. quod semel, ex de reg. jur.* aliter accipi debet. Sumpta est enim illo dicto superiore. *L. Pomponius, supr. de neg. gest.* Quod si aliter accipiemus, aperte falsa est. Atque ut conventionem exigimus in eo, quod probavi, ne possim repro-

4) Loquitur *d. L.* 9. de iis quæ ante gesta et perfecta sunt. Probamus enim præterita, aut præsentia. Hic agitur de eo quod deferenti placuit ut fieret in futurum, Don. ad *d. L.* 11. *n.* 7. *et* 8. vid. et Borch. *h. Tr. Cap.* 6. *n.* 5. *et seqq.*

probare: ita exigimus et conventionem iustam, ne iure infirmetur. Alioqui conventio nihil nocet. *L. pacta quæ contra*, *C. de pact.* Quæ si ita sunt; neutra sententia ad hanc speciem iurisiurandi delati pertinet. Aut enim delatio hæc conventionem non habet de iureiurando expectanda; aut si habet, habet sub conditione, quandiu qui detulit, volet, ut in specie *L. qui pecuniam*, *supr. si cer. pet.* Aut quis putat nullam hic esse conditionem: conventio iusta non est, nec ex edicto est servanda, ut ostendi. Quo fit, ut quasi non interposita non possit revocanti obesse. Quod vetat constitutio post sententiam a qua appellatum non sit, revocari iusiurandum, videri potest stulte caveri. Quorsum enim inhibere hanc revocationem, si etiam non revocatum iusiurandum pariter iuranti nihil prodest? Cavetur enim hoc totum iurantis caussa: cui si nihil prospicitur hac interdictione, inutilis plane cautio et interdictio est. Atqui post huiusmodi sententiam tale esse videtur omne iusiurandum delatum, ut quamvis revocatio nulla secuta fuerit, non tamen eo magis consulatur iuranti: cum etiam tunc iusiurandum sit illi inutile. Finge ante sententiam ita esse delatum, ut quandoque postea liceret adversario iurare. Nunquam sententia lata, quæ vim iudicati habeat, iusiurandum ei profuerit. Aut enim secundum eum feretur sententia; et iusiurandum ei nihil adiiciet, eoque erit supervacuum, aut contra eum: et iusiurandum sententiam non mutabit, quoniam rei iudicatæ standum est. *L. cum prolatis*, *infr. de re jud.* Finge post eiusmodi sententiam iusiurandum deferri. Frustra deferetur: quia post rem iudicatam transigi non potest. *L. eleganter*, §. 1. *infr. de cond. ind.* iusiurandum autem speciem habet transactionis. *L. 2. hic.*

Et hæc ita sunt, si iusiurandum a parte parte delatum erit. Itaque ad hoc iusiurandum superior exceptio, et pars constitutionis non pertinet. Sed potest iusiurandum a iudice deferri in sententia ita, ut post sententiam iuretur. Nam si postulante litigatore, ut iudex deferret iusiurandum adversario, iudex [5] ita sententiam tulerit: si reus intra tot dies iuraverit se decem petita non debere, eum absolvo; aut contra, si actor intra tot dies iuraverit sibi decem deberi, Titium in eam summam condemno: receptum est valere huiusmodi sententias, ut indicat *L. cum judex*, *C. de sent. et int.* Neque id contra rationem iuris. Continent enim condemnationem aut absolutionem, quorum alterum ad rei iudicatæ auctoritatem sufficit. *L. 1. infr. de re jud.* Non est quidem sub conditione sententia ferenda, si iudex ex officio suo recte fungi velit, idest, plane finem imponere controversiæ: quod res iudicata exigit: *d. L. 1. de re jud.* sed tamen si tulerit, valet; ut quandocunque conditio exstiterit, sententia exitum habeat ex die sententiæ, non ex die quo conditio exstitit. *L. 1. §. biduum*, *infr. quand. ap. sit.* Utrumque ideo, quia conditione impleta perinde habendum est, quasi sententia ab initio pure lata esset. *L. si pupillus*, *infr. de cond. inst.* Ad eas sententias constitutio Justiniani referenda est. Nam si valent, licebit ei cui iusiurandum delatum est postea iurare secundum sententiam, eamque sibi confirmare. Sed ita, nisi revocatum sit iusiurandum ante, quam iuretur: si modo et ante revocari potest. Hinc quæstio, an possit iusiurandum ita delatum revocari. Justinianus cavet posse. Hoc ergo non otiose: postquam revocatio aliquando iusiurandum impedit, sine qua recte et utiliter iuratur. Sed de hac parte constitutionis amplius in iureiurando iudiciali dicendum est. Nam ad id iusiurandum hæc quæstio pertinet. Cavet autem in hac specie revocari posse duobus temporibus. Primum ante sententiam. Finge eum ex litigatoribus, qui postulasset a iudice, ut iusiurandum adversario deferret, delatum revocare ante, quam iudex id deferret. Finge iudicem ante sententiam detulisse, ut intra certum tempus iuraretur, et interim revocatum iusiurandum. Recte revocatum est, et frustra quandoque postea iurabitur quasi ex delato iureiurando: quia revocatum est ante sententiam. Alterum tempus est post sententiam, qua hoc iusiurandum delatum est, si ea sententia suspensa sit appellatione. Quia enim appellatio exstinguit iudicatum, *L. 1. in fin. infr. ad Turp.* ideo quasi nulla sententia intervenisset, integrum est litigatori, cujus postulatu iusiurandum delatum erat, id revocare, ut ante. Quod si ab ea sententia appellatum non sit, aut appellatum quidem, sed sententia confirmata sit in iudicio appellationis: hic demum constitutio iusiurandum revo-

5) Eodem plane modo Donell. ad *dict. L.* 11. *n.* 9. *ac seqq.* add. Caroc. *Q.* 1. 10. *Quæst. principalis* Borch. *de Jurejuran. Cap.* 6. *n.* 14. *et* 2. *seqq.* Ad id quod sententia sub conditione non valeat, Resp. Sichard. ad *d. L.* 11. *n.* 4. *et* Gilken. *ibid. n.* 5. id obtinere in conditione extrinseca, ut si navis ex Asia venerit, secus si extrinseca, quæ vere cognata rei, ut si probatum erit. Melius Sarmient. 1. *Select. Interpret.* 13. *n.* 1. Conditio *si juraverit*, meri facti est, nec aliquid incertum continet, quod Judicis sententiam post se exspectet. Longe aliud in conditione *si probaverit*, quæ non est meri facti, sed Judicis sententiam exspectat, sine qua caussa definita dici ac haberi nequit.

vocari vetat. Merito: tunc enim eo deducta res est, ut secundum formam iuris standum sit rei iudicatæ. *d. L. cum prolatis*, *de re jud.*

Ut iuratur † ex eo quod delatum est, si
5 non finita delatione iuretur, de qua specie dictum est: ita ad eam rem et illud alterum exigitur, ut qui iurat, iuret iisdem verbis, quibus iusiurandum delatum fuit, et ut veteres loquebantur, [6] iuret conceptis verbis, siquidem ab eo petitum sit, ut certo modo iuraret. *L.* 3. *in fin. L.* 4. *L.* 5. *in pr.* Non recte hoc constituitur, dicat aliquis. Quid enim in re interest, quibus verbis quis iuret, iisdemne, an aliis, si aliis iurando non minus iurat, idest, non minus testem adhibet Deum, et peierando pariter illius iram in se attrahit? Quod si nihil interest, debuit in eadem re ius idem constitui, contempta verborum delationis et responsionis diversitate, ut fit in stipulatione. *L.* 1. *§. si quis ita*, *§. ult. infr. de ver. ob.* Omninoque in toto iure ita præcipitur, cum res certa est, verba omitti, rem spectari oportere: quippe leges rebus imponi, non verbis. *L. quoniam*, *C. de testa. L.* 2. *C. com. de leg.* Et siquidem aliis verbis iurando, nihil in re interesset: probandum esset non recte hic verba spectari, ut in eadem re ius mutarent. Sed ut est hominum quorundam [7] superstitio, in iureiurando hoc evenit, ut quibus verbis quis iuret, sæpe etiam in re multum intersit. Non sane ad periurium et iudicium Dei, quorum utrumque, quibuscunque verbis peieres, idem semper futurum est; sed ad metum eius de quo iusiurandum postulatur. Homines enim superstitiosi plerique alii aliarum rerum metu et religione afficiuntur: ut his quidem verbis adactum iusiurandum nullo modo suscepturi sint, quia nimis grave putent in hæc verba se obstringere; aliis verbis non recusent, quamvis peieraturi, quia iusiurandum vulgare et leve, ac proinde contemnendum existiment. Hunc autem metum solum spectat, qui iusiurandum certis verbis defert, qui id agit, ut incusso religionis metu cogat adversarium quoquo modo verum fateri. Quod de conceptione verborum dictum est, idem accipiendum est de forma seu ritu iusiurandi: ut nisi in eam formam iuratum sit, qua delatum est, nihil prosit iusiurandum: quia non fit iuratum ex conditione delata. *L.* 5. *in fin. hic.* Ut puta detulit quis adversario, ut iuraret, [8] tactis sacris scripturis, ut interdum mos est. *L. generaliter*, *§. ult. C. eod.* Nisi ita iuraverit, nihil egit. Neque hic quærendum est, qua forma et quam recta iusiurandum deferatur. Nam si honestus ritus est: repudiari non debet, non magis quam iurisiurandi conceptio; si turpis [9] aut superstitiosus: defertur iusiurandum sub turpi conditione, eoque impossibili. *L. filius*, *infr. de cond. inst.* In conventionibus et contractibus non reiicitur adiecta conditio impossibilis, ut in legatis; sed ipsa conventionem vitiat. *L. non solum*, *infr. de ob. et act.* ut consequens sit delatum hoc modo iusiurandum, quamvis susceptum, nisi ea conditio exstiterit, pro non delato habendum.

CAP.

6) Conceptis verbis est, in formulam præscriptam ab eo qui præeundo adjurat juraturos Curt. *Lib.* 7. Plin. 10. *Epistol. ad Trajan.* Pollet. 4. *Hist. fori* 14. Concipere verba est, formulam certam constituere. Unde conceptum jusjur. ἔπακτ☉ ὅρκ☉ ubi verba aliquis præibat, quæ jurans persequebatur. Unde facilius cognitu si pejeraret, et conscientia contraria verba mutare vellet, ut ex Tacito 2. *Annal.* P. Greg. 10. *Synt.* 8. *n.* 2. Et præjurare dicebatur, qui verbis conceptis præibat, uti objurare est jurejurando obstringere, P. Pithæ. 2. *Advers. Subse.* 8. Ræv. 5. *Var.* 5. sic: In deferendo jurejurando deferens quomodo id præberi vellet, exprimebat. Et interdum conceptio jurisjurandi arbitrio jurantis relinquebatur: ut si per salutem suam specialiter eum jurâre juberet. Poterat enim ita: Jupiter mihi iratus sit, Ita mihi Deos velim propitios. Interdum et conceptis verbis juratur, si deferens verba quibus jurari vellet, præiret; interdum si simpliciter deferebat, certa erat, ac solemnis formula Jovem lapidem jurandi, ita Rævard.

7) Propter utilitatem enim hominum nonnihil superstitioni indulgetur, Duar. in *Post. Com. h. tit. Cap.* 4. *fol.* 864. *col.* 2. Atque hoc est quod in *L.* 5. §. 1. *h. tit.* ei *quod propria superstitione juratum est*, *standum.* Ubi alios libros habere, *non standum*, testatur Forcat. *Dial.* 12. *n.* 1. utique lectioni sententiam veram accomodari posse putans. Plane etsi jurisjurandi substantia requirat formalitatem verborum: facti tamen circumstantiæ, super quibus juratur per relationem ad aliud exprimi possunt. Vid. Jacob. Schult. *Obs. forens.* 2. *n.* 11. *et n.* 35. *ac. seq.*

8) De quo ritu vid. *infr. ad Cap.* 13. *N.* 23. ubi de ritibus quædam notabo.

9) Hinc Senatus Parisiensis cum jurisjurandi formulæ cerimoniæ superstitiosæ adscriberentur, a deferente, ut præsente Sacerdote infulis sacerdotalibus insignito, tædis ardentibus in æde sacra juraretur: cærimoniis hisce rejectis, satis esse judicavit, si invocato Dei Numine, et tacto sacro Codice, juraretur Robert. 1. *Rer. Judic.* Et hic judici moderandæ formulæ facultas, sive superstitio admixta sive major solemnitas exigatur, quam rei quantitas paritur, per *L.* 24. §. 5. *hoc tit.* Vid. Menoch. *Arbit. Cap.* 189. Stiatic. *Obs. prant. Cap.* 20. *n.* 66. et seq. Anton. Fab. *Cod. suo h. tit. Definit.* 10. Ubi autem simpliciter et sine solemnitate delatum est, simpliciter quoque jurari satis est, Anton. Fab. *d. loc. Defin.* 16. In dubio quoque videtur juxta formam delatam præstitutum jusjurandum, cum solemnitas intrinseca facile præsumatur, *L.* 30. ubi DD. *de V. O.* Anton. Fab. *d. loc. Defin.* 25. *n.* 3. Confer. Tessaur. *Decis.* 47. *n.* 18. sed etsi contra formam delatam juratum, si adversarius, non objiciat nec de eo conqueratur jusjurandum valet, delata solemnitas tacite remissa videtur, idem Fab. *d. def.* 25. *n.* 7. *et Def.* 34.

C A P. VII.

Quomodo servet prætor jusjurandum: ac primum reo, et de exceptione jurisjurandi. Quibus detur: Adversus quos: Qua de re.

S U M M A R I A.

1. *Exceptio jurisjurandi quomodo dicatur dari, ut sunt verba edicti.*
2. *et* 4. *Quibus detur, et his verbis, Ad quos ea res pertinet, qui contineantur tum in hoc edicto, tum in aliis*, et n. 4.
3. *et* 4. *Successor in rem quis; et ad hunc quoque rem pertinere*, et n. 4.
5. *Fidejussori et similibus accessionibus omnibus prodest rei jusjurandum, unde fidejussori et reliquis exceptio: et quando.*
6. *Accesionum etiam, ut fidejussoris, patris, procuratoris, defensoris jusjurandum prodest reo principali, et ei parit exceptionem, et hoc quam recte.*
7. *Extranei, qui idem non debeat, jusjurandum prodest reo etiam ex verbis edicti.*
8. *Filiifamilias et servi iusiurandum de re patris et domini, sive exceptione patri et domino prodest.*
9. *Jurisiurandi exceptio adversus quos, seu quorum iusiurandum quibus noceat.*
10. *De ea re de qua iusiurandum delatum est, nocet exceptio iurisiurandi, et quæ sit res eadem.*

HÆ sunt conditiones de sententia edicti, quibus prætor iusiurandum extra iudicium interpositum se servaturum pollicetur. Quomodo servet, deinceps videamus. Jusiurandum de quo quæritur, ita prætor servat, ut reo iuranti polliceatur exceptionem; actori actionem eius rei, de qua iuratum est, aut remissum jusiurandum. *L. nam postea, ver.* 2. *hic.* Ita in exceptione reo, et in actione actori danda servandi huius iurisiurandi modus positus est. Quorum de utroque dicemus, secuti edicti ordinem, quo reo iuranti prius cautum est, deinde actori. Ac reo cavetur his verbis, ut quidem fragmenta sub hoc titulo nobis relicta sunt: *Si his, cum quo agetur, conditione delata juraverit: ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* Extant hæc verba partim in *L.* 3. partim *in L. ait*, 7. *hic.* De reo esse hanc partem edicti, non solum illa verba declarant, si is cum quo agetur, quibus significatur reus; *d. L.* 3. *et tot. tit. Inst. de exc.* Sed etiam quod negat prætor se in iurantem actionem daturum: quæ omnino nisi in reum dari aut peti non potest. Res postulat, ut spectemus, quid hac parte prætor tribuat, quibus, adversus quos, et qua de re. Tot enim sunt, quæ hæc pars complectitur. † Primum negat 1
prætor se in eum qui iuraverit, actionem daturum. Habes, quid reo tribuat: nempe hunc tuetur, in eum actionem denegando. Imo reo exceptionem dando, dixerit aliquis. Nam reo, qui iuravit, constat iurisiurandi exceptionem esse propositam, §. *æque*, *Inst. de exc. L. nam postea*, *vers.* 2. *hic.* Quæ sunt contraria, et quidem ita, ut qui unum dicit, continuo alterum excludat: ne quis forte dicat, utrumque remedium iuranti reo propositum esse. Nam si actio in reum denegatur, nulla est exceptio; et contra si datur reo exceptio, prius actionem in eum datum esse oportet: cum non sit exceptio, nisi ad excludendam actionem iure constitutam, quæ et prius in reum data est. §. 1. *et seqq. Inst. de exc.* unde et exceptio definitur actionis exclusio. *L.* 2. *infr. de exc.* Et hæc ita sunt, si quis ea dicat eodem tempore esse proposita. Sed diversis temporibus recte singula per se consistunt, et ita iuranti reo ea tribui visum est. Ut enim significatur in *L. nam postea*, *in pr. hic.* Si actor ita aget, ut fateatur reum prius de re iurasse, prætor omnino actionem non dabit. Quo [1] casu nec dabit exceptionem iurisiurandi; utpote non necessariam et ineptam

[1]) Ita Duar. *Prior. Comm. ad h. t. Cap.* 17. *et in Poster. Cap.* 4. *fol.* 886. Cuiac. *ad L.* 3. *C. hoc tit.* Hot. *ad* §. *æque* 4. *I. de except.* Vult. *in* §. *item si* 11. *ipsi* 10. *I. de act. n.* 16. *et ad tit.* 1. *de except. n.* 25. Nam nec in exceptione jurisjurandi aliud quæritur, quam an juratum sit. *L.* 5. §. 2. *L.* 9. §. 1. *h. tit.* Quorsum igitur exceptio daretur, aut formula subderetur, ex qua judex datus cognosceret, ubi de facto nulla contentio, sed ex jure certo lis omnis protinus dirimi a Prætore potest. Enimvero, quod Borch. *Cap.* 8. *n.* 8. (ex quo, ut reliqua transcripsit, Setser. *Lib.* 4. *Cap.* 7. *n.* 12.) ita arguit: Jusjurandum vim solutionis habet ut *infr. Cap.* 9. *N.* 20. Ergo necesse est, ut si constet juratum esse, denegetur actio, tanquam omni obligatione exstincta. Fallax illatio est, tametsi ei multum tribuat Hering. *de Fidejus. Cap.* 20. §. 2. contendens jurejurando omnem etiam civilem obligationem perimi atque exstingui. Quæ et opinió Vultei. *Discept. Cap.* 7 *pag.* 73 *in fin.* ac Borch. *Cap.* 3 17 *et seqq.* Perinde enim inferre licet: Transactionis et judicii instar habet, *d. Cap.* 9. *N.* 21. Ergo obligationem solum per exceptionem tollit,

ptam ei, adversus quem nulla est actio constituta. Sin de eo ambigetur, an iuratum sit: quia fieri potest, ut non sit iuratum, prætor actionem dabit, sed rursum quia fieri potest, ut sit iuratum, de quo et postea constet: prætor addet exceptionem, extra quam si iuratum sit. At isto modo saltem, dicet aliquis, concedimus huic edicto aliquid deesse, quod necesse sit ad reum iurantem tuendum. Dici potest nihil esse incommodi, si fateamur non omnia hic relata esse, quæ erant in edicto ad defensionem rei pertinentia. Nam et actionem actori iuranti edicto promissam esse constat; de qua tamen nullum verbum edicti sub hoc titulo relatum legimus. Satis est, si ut actionem actori hoc edicto dari, sic et reo dari exceptionem alicunde intelligimus: quod traditur in *L. nam postea*, *vers.* 2. Sed parum consentaneum est in hac parte edicti hoc dici: cum videamus eam integra et absoluta orationis sententia esse relatam, et verisimile non sit, eos qui de actione deneganda verba edicti retulerunt, alterum remedium exceptionis huic adiunctum fuisse prætermissuros, si quidem de eo aliis verbis expressum fuisset. Neque vero necesse est ad illam defensionem nunc confugere: cum utrumque illud quod diximus, verbis edicti superioribus commodissime exprimatur. Observandum est enim prætorem non simpliciter edicere se non daturum actionem, sed non daturum eius rei, de qua iuratum est. Hoc vero præstat, non solum qui absolute denegat actionem, quod fit in re certa: sed etiam qui in re controversa actionem dat, addita exceptione, nisi de ea re iuratum fuerit. Hoc enim qui excipit, his utique non dat actionem in eum casum, quo iuratum erit. In summa in re certa prætor actionem non dabit: et si ambigetur, dabit exceptionem iurisiurandi: nunquam tamen actionem eius rei de qua iuratum est.

2 † Quibus prætor polliceatur exceptionem, seu in quos neget se actionem daturum, hi verbis edicti comprehensi sunt duo: ipse qui iuravit, et is ad quem ea res pertinet. Is qui iuravit, certus. Is ad quem ea res pertinet, non æque. Varie enim hæc verba in edictis prætorum accipiuntur. Sed varietas non est ex ambigua significatione verbi *pertinere*, sed ex conditione rerum, de quibus in edictis agitur, quæ res ad alios atque alios varie pertinent. Nam pertinere ad aliquem generaliter dicitur id, cujus commodum et incommodum ad aliquem pertinet: sive id in iure eius est, sive id servari aut teneri ab eo, eius interest. *L. verbum illud*, *infr. de ver. sig. L.* 1. in edicto illic, *mulier cum parturire*, *et* §.*quamvis*, §. *denuntiari*, *infr. de insp. ven.* Res de qua cavetur edicto, illa est sola, quæ personas his verbis comprehensas distinguit: quoniam non omnes res ad easdem pertinent. Solum ergo videndum est, qua de re in edicto agatur. Ad quos ejus rei commodum pertinebit, sciamus eos superioribus verbis contineri. Jam vero in hoc edicto ea res demostrat rem, idest, litem et controversiam, de qua juratum est: ait enim prætor, *ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit*, *neque in ipsum*, *neque in eum ad quem ea res pertinet*. Proinde is ad quem ea res pertinet, hic intelligendus est is, ad quem ejus litis, de qua juratum est, commodum incommodumve pertinet: commodum, si actor in ea vincitur; incommodum, si actor vincit. Pertinet autem hoc commodum, incommodumve ad eum, qui eadem illa actione, de qua juratum est, tenetur, nisi jurejurando defendatur. Quare si planius dicendum est: is ad quem ea res pertinet, præter jurantem accipi debet is, qui ea actione potest conveniri, de qua juratum est. Sententia edicti est; huic jusjurandum rei jurantis ita prodesse, ut non minus actori in eum denegetur actio, nec minus ei detur exceptio jurisjurandi, quam si cum ipso ageretur, qui juravit. Hinc tot et tam varii, quibus hoc titulo traditur, alterius jusjurandum prodesse ad exceptionem præter eum, qui juravit. Quippe omnes superiori definitione continentur.

vel jure prætôrio. Quod verius est, tum quia §. 4. *I. de exc.* aperte dicitur obligatum permanere; tum quia vis jurisjurandi qua actionem et exceptionem parit, ex prætoris edicto est *L.* 7. *h. tit.* §. 11. *I. de act.* Ejus autem potestas non est, ut civilem obligationem ipso jure perimat. Denique quia *L.* 95. §. 4. *de solut.* adjungitur pacto, ac dicitur naturalis obligatio ipso jure tolli jerejurando. Quo ipso civilem remanere innuitur P. Fab. *Semestr.* 16. *p.* 259. Quin ex eo ipso quod denegari dicitur actio, jure eam competere satis constat. Ita igitur est; Semper opponenda fuit convento priori actione jurisjurandi exceptio in jure apud pretorem. Verum si ei exceptioni non contradiceret auctor, non erat de quo judicium constitueretur sub exceptione; sed quia nulla amplius lis, prætor actionem denegabat: quia nec de jure aperto controverti poterat, ac quæstiones juris apud ipsum prætorem, non apud recuperatores dirimebantur. Junge *not. supr. Lib.* 22. *Cap.* 8. *N.* 8. Et hæç fusius ac scite comprobat amicus noster Ilico Ummius *Disput. process.* 8. *Th.* 6. *n.* 43. quia num obligatio jure consistat, vel sublata, non ex negatione actoris vel probatione rei, quæ substantiam non afficit, pendet. Veluti solutio ipso jure tollit obligationem. Etsi objectam a reo diffiteatur actor, non eo magis efficiet, ut actio ipsius reviviscat: quæ probatione denuo perimatur. Quin solutionis, quæ dicitur, exceptio vera non est, sed intentioni, non actioni opposita, ut suo loco. Quod de jurisjurandi exceptio litis finitæ, ejus ingressum impediens. Vid. Caroc. de *Juram. Decis. Quæst.* 1. 9. *Q. principalis* Beust. ad 9. *pr. h. t. n.* 22. et seq. *et not. supr. d. Cap.* 8. N. 8. Quam non oppositam, si ex actis de ea appareat, per judicem suppleri vult. Caroc. *d. loc.* de quo vid. Beust. ad *L.* 9. §. 2. *h. t. n.* 23. *ac seqq.*

tur. Id an ita sit, et an recte sentiant veteres, his ex alieno jurejurando competere exceptionem, propositis ordine generibus eorum, qui eadem actione teneantur, melius et certius intelligetur. Eorum quatuor sunt genera: heredes debitoris jurantis; is qui in rem, de qua juratum est, successit; principalis debitoris accessiones; tum ipse principalis debitor, cum de ipsius debito alius juravit. Heredes ut universi juris successores, in eandem obligationem, et omne onus quod defuncti fuit, succedunt. L. 2. *et L. ult. C.*
3 *de her. act.* † Qui in rem successit, ut rei possessor, similiter rei vindicatione tenetur, ut is a quo rem accepit. Dicitur autem in rem succedere, qui quovis alio titulo, quam hereditario, rem ab alio accipit: puta ex emptione, donatione, legato, et similibus caussis. *L.* 4. §. *si quis autem*, *et* §. *seq. infr. de dol. exc.* Hic dicitur in rem succedere potius, quam heredes: quia succedit in rem solam, quam sibi habeat, nulli autem auctoris oneri subjicitur, aliter atque heredes, qui ita in rem et ipsi succedunt, ut tamen primo et principaliter succedant in locum personæ, omniumque commodorum simul et incommodorum, denique universi juris successores sint. *L.* 1. *L.* 2. *infr. de bon. poss. L. si hereditatem*, *infr. mand.* Accessiones vocamus, qui principali obligationi accesserunt, ut fidejussores, mandatores, pecuniæ constitutæ reos. *L. si servum*, §. *nunc videamus*, *infr. de ver. obl. L. ex persona*, *infr. de fid.* Hos eadem cum principali debitore obligatione teneri certum est, ut qui eam in se susceperint. De principali debitore nulla dubitatio, quin alio jurante ad hunc maxime obligatio pertineat. Quid ergo de his dicimus? ad hos omnes eam rem et litem de qua juratum est pertinere, quia ejus rei commodum et incommodum ad eos pertineat: et ideo pertineat, quia eadem teneantur actione, ex qua et condemnari eos necesse sit, nisi ejus qui prius de ea rejuravit, jurejurando adjuventur. Ideo omnes verbis his edicti contineri: *neque in eum ad quem ea res pertinet.* Hoc vero et de his a veteribus traditum est. Quæque hoc titulo de iis dicta legimus, quibus ex alieno iureiurando datur exceptio, ad hæc genera debent revocari. Contineri his verbis maxime heredes constat. *L. sciendum*, §. *ult. infr. de ver. sig. L. sciendum*, §. *deinde*, *infr. de æd. ed.* Itaque convenit in hoc edicto his verbis, si quis iuraverit se dare non oportere, etiam heredi eius paratam esse iurisiurandi exceptionem. *L. ait*, *hic.* Sed hic citra controversiam. Heres enim in omne ius defuncti succedit. *L. heres in omne*, *infr. de acq. her.* Proinde et in exceptionem defuncto competentem, si personalis non fuit. † Nec 4
minus tamen iisdem verbis contineri eos, qui in rem successerunt, traditum est in *L. etiam*, *hic.* Finge possessorem deferente petitore iurasse rem suam esse, aut non esse petitoris. Si eam rem possessor vendiderit, et petitor eandem rem ab emptore petat: exceptio iurisiurandi ex persona auctoris etiam proderit emptori, et petitori obstabit. *L. emptori*, *C. de evict.* Quod et de exceptione rei iudicatæ actori prius quæsita traditur in *L. si a te*, §. *ult. L. si mater*, §. *item Julianus*, *infr. de exc. rei iud.* Veruntamen de hoc genere, an superioribus verbis recte subiiciatur, nonnulla dubitatio est. Nam in [2] *L. sciendum*, §. *ult. de ver. sig.* scriptum est: *Hæc verba*, *is ad quem ea res pertinet*, *sic intelligi*, *ut qui in universum dominium vel iure civili*, *vel prætorio succedit*, *contineatur.* Universi autem dominii, et iuris successor est heres. *L. hereditas*, *infr. de reg. jur.* In edicto quoque ædilium cum hæc verba essent: eodem modo illa de heredibus tantum Ulpianus est interpretatus *L. sciendum*, §. *deinde*, *infr. de æd. ed.* Nos contra in hoc edicto porrigimus etiam ad singularum rerum successores. Sed recte hæc omnia, nec quidquam in his alteri contrarium. Generaliter Paulus definit ea verba sic intelligi, ut universi iuris successores contineantur. Hoc sic accipiendum est: ut contineantur illi semper, et sine controversia; non item singularum rerum successores: qui continentur quidem et ipsi, sed interdum, non semper, ut de his idem non possit generaliter definiri. Ut, in edicto ædilitio soli heredes his verbis accipiuntur, non rei successores. At enim interdum etiam successores singularum rerum intelliguntur, ut fit in hac parte edicti de iureiurando. Cur hic potius, quam in ædilitio edicto? Quia res de qua utrobique agitur, significationem discernit, ut initio huius definitionis monui, et modo hanc modo illam interpretationem postulat. In quo hæc erit regula, quam teneamus huius rei explicandæ caussa. Spectandum est, cuiusmodi res sit, de qua in lege aut edicto agitur, quæque demonstratur his verbis: *Is ad quem ea res pertinet.* Siquidem ea ad successores etiam singularum rerum potest pertinere: perspicuum est, etiam ad istos verba legis referre convenit

2 (Et *d. L.* 70. ut epigraphe probat, junctis aliis LL. ex eo Libro, referenda ad cautionem de rato aliasque stipulationes prætorias, ut Cujac. et Gœdd. *ibid.* Ast Donello fere convenit Alciatus *ibid.* spectandum volens ob quam caussam hæc verba adjecta, ut pro subjecta materia diversam recipiant interpretationem, etc.

ferri. Quare sine dubio et hi, ubi nihil impediat, continebuntur. Quod si ad istos res quæ designatur, pertinere non potest: tum scilicet necesse est solos contineri heredes. Hinc varia horum verborum in superioribus edictis interpretatio. Nam in edicto ædilicio, cum dant Ædiles actionem redhibitoriam emptori, et addunt, *omnibusque ad quos ea res pertinet*: his verbis, *ea res*, significatur vel ea emptio seu obligatio empti, vel eius quod præstari oportet, obligatio petitioque. Prius enim dixerant, *emptori*: item *quod ejus præstari oportere dicetur*. Ad quæ si referuntur continentia, *omnibusque ad quos ea res pertinet*, alios intelligere non possumus, quam eos ad quos earum rerum obligatio et petitio pertinet. Porro in obligationem et actionem empti succedit nemo, nisi heres. Sic enim cohæret personæ cuiusque in personam actio, ut ad alium transire non possit: usque adeo ut nec cessa in alium transferatur, quam quidem is cui cessa est, suo nomine et ex persona sua possit exercere, nisi utilis. *L.* 3. *infr. pro soc. L. ult. C. quan. fis. vel pri. L. emptor*, *L. ex nominis*, *C. de her. vel act. ven.* Non mirum igitur, si in eo edicto illis verbis, *ad quos ea res pertinet*, solum heredes contineri dicamus: cum agatur de ea re, quæ in singularum rerum successores non cadat. Qua ratione et in edicto *de edendo* successorum verbo, universi iuris, non rerum singularum successores argentarii edere rationes. *L. si quis*, §. 1. iuncta *L. quædam*, §. 1. *supr. de ed.* At in edicto de iureiurando pollicetur prætor se actionem non daturum *neque in eum qui juravit*, *neque in eum ad quem ea res pertinet*: Ubi, *ea res* demonstrat aut rem petitam, aut litem et petitionem, de qua juratum est. Utrumque autem, idest, et res petita, et lis transire potest ad unius rei successorem, eoque modo ad eum pertinere. Quare recte fit hoc quoque cum verbis, tum edicti sententia, ut eum quoque successorem intelligamus, ad quem ea res, quæ designatur edicto, tam aperte pertinet. Solum hoc potest in proposito dubitari, cum ex jurejurando venditoris emptori exceptionem damus, nihilne hic fiat adversus regulam juris, quæ per liberam personam, quæ alterius juri subjecta non est, alteri quidquam acquiri vetat, eoque et actionem et exceptionem. L. 1. *C. per quas pers.* Sed regulæ tunc locus est, cum acquisitio in alterum recta et principaliter confertur, idest, cum contrahimus aut paciscimur nominatim alteri, ut soli illi actio vel exceptio suo nomine acquiratur. *L. quæcunque gerimus*, *infr. de ob. et act. L. multum*, *in fin. C. si quis alt. vel sibi.* Cæterum quod alicui recte ab initio quæsitum sit, nihil vetat ab eo in alterum transire. Quod in hac specie accidit. Prius enim jurat venditor rem non esse petitoris, et hinc statim exceptionem sibi acquirit. Recte illi quæsita, quominus cum re ad emptorem transeat, nihil prohibet. Et ideo si emptori rei venditæ fiat controversia, venditoris jura illi prodesse, eumque tam propriis, quam venditoris defensionibus uti posse placuit. *d. L. emptori*, *C. de evict.* Continetur iisdem verbis maxime principalis rei accessiones, ut fidejussores, idque est, quod dicitur, *quod reus juravit*, *etiam fidejussori proficere. L. in duobus*, §. 1. *hic*, quod et ad mandatores, et pecuniæ constitutæ reos transferendum est. *L. ultim. C. de const. pec.* Est autem hoc vel præcipue ex jure communi, quod proditum est de iis, qui pro aliis obligantur. Placet enim eos ut principalis obligationis accessiones in duriorem caussam obligari non posse, *L. Græce*, §. *illud*, *infr. de fid.* Cui consequens est, ut quæ exceptiones reo dantur, eædem et fidejussori competant: dummodo non sint personæ, sed rei cohærentes exceptiones. *L. exceptiones quæ*, *infr. de exc. L. ex persona*, *infr. de fid.* Rei autem et caussæ exceptio est, exceptio jurisjurandi, quæ nulla habita ratione personæ datur hac de caussa, quia juratum est. Quod tamen [3] sic accipiendum est: si is qui iuravit, de re iuraverit, non de persona, ut Paulus loquitur in *d. L. in duobus*, §. 1. *hic*. Nam si de persona, incipit esse personæ exceptio: quæ fideiussori ex regula supra scripta non dabitur. De re autem iurasse intel-

3) Et ita an super contractu, juratum, an respectu personæ, quod pupillus sine tutore, etc. distinguit. Caroc. *Q.* 2. 14. *Q. Principalis* ubi *n.* 3. extendit ad fidejussores animo donandi. Ac fuse hoc explicat Duar. in *Post Comm. h.* t. *Cap.* 4. *fol.* 866. add. Borch. *Cap.* 8. *n.* 10. et seqq. Non interest an formula jurisjurandi in personam pupilli concepta, an in rem, etsi referre videri poterat. Unde ratio dubitandi in *d. L. ult. ut* Goth. *ibid.* Plane *d. L. ult. pr.* bis habentur hæc verba *ut ab omni conditione discederetur*, Ubi P. Fab. 2. *Semest.* 16. *p.* 259. reponit *contentione*: itaque se excusum in libro vetustiori reperisse testatur. Quomodo et emendat Hot. 4. *Obs.* 15. *Arg. L.* 43. *de cond. indeb.* Eum notat P. Fab. 3. *Semest.* 24. *p.* 392. quod sibi correctionis alienæ laudem falso adscribat. Quæ vix tamen laus dicenda, sicuti et quod idem P. Fab. *d. Cap.* 16 pro *pactione* in d. pr. substituit *exceptione*, quod ipsi per se jurijurando vires ad obligationem tollendam nullæ sint. Ast immo de naturali obligatione tollenda ibi agitur, quam ipsum per se jusjurandum estinguit. *L.* 95. §. 4. *de solut.* Ac per *conditionem* formula jurisjurandi quam ea voce notari fatetur, ut *L.* 26. §. *ult. L.* 34. §. 7. *L.* 39. *h. t.* commode accipi potest ita: si convenit, ac id actum ut discederetur ab omni conditione: idest, unico jerejurando pupilli contentus sit creditor, neque aliam *conditionem* seu conceptionem novam jurisjurandi præscribat ipsi fidejussori

telligitur reus, qui iuravit non deberi id, quod petebatur; de persona is, qui rem deberi confessus, exceptione aliqua aut defensione personæ propria est usus. Exempli gratia: Pupillus promisit aliquid ex iusta caussa, ac fideiussorem dedit. Eius obligationis nomine pupillus conventus iuravit, et absolutus est. Convenitur postea eius fideiussor. Quæro, an huic eandem exceptionem demus. Distinguendum est. Nam si pupillus hoc contendebat, se nihil promisisse, et iuravit, fideiussori eadem exceptio dabitur. Sin pupillum constabat promisisse, sed pupillus hac defensione utebatur, quod diceret promisisse se sine tutoris auctoritate, ac de eo iuravit: exceptio denegabitur fideiussori. Non enim ut obligatio ad utrumque pertinet: ita pertinet beneficium personæ. Hæc summa *L. ult. hic.* Si rei iusiurandum fideiussori prodest: proderit et patri iusiurandum filii, si filius iuraverit se dare non oportere, et pater ex ea caussa conveniatur de peculio, vel de in rem verso. Sic et conventio filii, qua paciscitur ne a se petatur, prodesset patri. *L. acquirent, et L. supr. de pact.* Nam et hic filius principalis reus est; pater eius obligationis accessio. *L. si servum, §. an filiusfamilias, infr. de ver. obl.* de quo mox plura. Accessionum in numero et duo promittendi rei habendi sunt. Nam et hi quodammodo vice mutua fideiussores accipiuntur. *L. reos, infr. de duo. reis.* certe in utriusque obligatione res una versatur, et uno liberato, alterius liberatio contingit. *L. 3. in fi. infr. de duob. re. §. 1. Inst. eod.* Hinc placuit si ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniæ alter iuravit, alteri quoque prodesse debere. *L. in duobus, §. ex duobus, hic.* quod ad hunc ordinem referri debet.

Quod omnium maximam dubitationem ha-
6 bet, placet † his verbis: *neq. in eum ad quem ea res pertinet*, etiam contineri principalem reum, ubi alius iuravit eum dare non oportere: sic tamen dum is iuraverit, cum quo agebatur, ut edicto expressum est, id est, qui ex persona rei seu nomine eius conveniebatur: quo in numero sunt fideiussor rei, pater, procurator, defensor. Hinc
4 iusiurandum a fideiussore exactum placet prodesse reo; si modo fideiussor iuraverit non de persona sua, ut diceret se non fideiussisse; sed de re, ut diceret reum principalem nihil debere, eoque nec se teneri *L. in duobus, §. 1. L. ult. §. pen. hic.* Eiusdem rationis est, quod visum est, si pater filium dare non oportere iuraverit, patri et filio dandam exceptionem iurisiurandi. *L. qui iurasse, §. 1. hic.* Sed et defensoris; vel procuratoris [5] iusiurandum ei ab adversario delatum prodesse, exceptionemque domino parere placuit, quamvis iuraverit non se, sed dominum dare non oportere. *L. nam postea §. pen. L. ult. §. ult. hic.* Ac de verbis edicti negari non potest, quin ad hanc quoque speciem pertineant, id est, quin recte dicatur rem, de qua a suprascriptis personis iuratum est, ad reum principalem pertinere: utpote ad quem vel solum vel præcipue pertineat, eoque et eum verbis edicti maxime contineri. Sed quod constituimus etiam huic superiorum iusiurandum prodesse, sive hæc edicti sententia est, sive non est: certe in eo de iure parum liquet. Nam quomodo per extraneam personam, quæ principalis rei potestati subiecta non est, quales sunt illæ, quas supra comprehendimus, debitori exceptio acquiratur, repugnante regula iuris? Non enim hic fideiussor (ut ad hunc potissimum orationem conferamus) iurat sibi, sed nominatim alteri, nempe reum principalem dare non oportere. Item non acquirit primum sibi exceptionem, quæ deinde ex eius persona in reum transeat, ut fit in eo possessore, qui iuravit rem suam esse, deinde re vendita una cum re exceptionem iurisiurandi transfert in emptorem, de quo supra diximus; sed ita iurat reum non debere, ut illi statim exceptionem acquirat. Quorum utrumque regula iuris improbatur. *L. 1. C. per quas pers. L. multum, in fi. C. si quis alt. vel sibi, §. alteri, Inst. de inut. stip.* Et ut sciamus hanc regulam pertinere quoque ad fidejussorem qui reo principali cavet, et obstare; quo minus per eum etiam debitori exceptio acquiratur: placet, si fidejussor pactus sit, ne a reo petatur, conventionem propter suprascriptam regulam reo nihil prodesse. *L. fidejussoris, supr. de pac.* Cur magis reo prosit fideiussoris iusiurandum, quam pactum? Quæ diluenda sunt. Et in fideiussore huic obiectioni, ut verisimile est, occurrens Paulus in *d. L. in duobus, §. 1. hic.* cur fideiussoris iusiurandum prosit reo, hanc ra-

4) Ubi corrupta Haloandrina negatione dempta lectio. Vid. Ant. Augustin. 4. *Emend.* 17. *p.* 216. Et ita Caroc. *Q.* 31. *4. Q. principalis* prodesse reo, sive in rem juratum, sive simpliciter. Secus si in personam nominatim.

5) Hoc ita si ipsi procuratori delatum est ut is juraret. Nam si domino detulit creditor, alius ejus nomine jurare nequit ut *infr. Cap.* 14. N. 2. Etsi vero procurator quilibet deferre nequeat jusjurandum ut *supr. Cap.* 4. N. 2. quilibet tamen suscipere et præstare potest, quia alia delationis ratio. Defert non nisi cui jus est *d. Cap.* 4. recipere etiam minus idoneus potest *L.* 26. *h. tit.* quia is qui exegit jusjurandum, eo contentus fuit.

tionem reddit: quia id pro solutione sit habendum. Recte: si quidem ita habeatur. Nam si fideiussor solvisset, eodem facto et reum principalem, et se liberaret? Verum hæc ratio tunc valet, cum constat iusiurandum fideiussoris per se constitisse. Neque enim pro solutione esse potest, si omnino non valuit. Nunc autem dici potest non valuisse, quia regula iuris adversatur: ac de eo nunc quæritur. Sed et hoc ratio Pauli satis diluit, si quis vim eius propius consideret. Nam si iusiurandum pro solutione interponitur, apparet fideiussorem, cum iurat reum nihil debere, id agere, ut reus hoc iureiurando velut solutione liberetur, At isto modo, sive iusiurandum admittitur, sive non admittitur, intelligitur fideiussor non tam iurare reo, quam sibi. Reo enim solutione liberato, consequitur per consequentiam, ut et ipse liberetur. *L. in omnibus speciebus*, *infr. de sol.* Si iuret sibi: non impedit regula iuris, quo minus et a principio iusiurandum recipiatur, et reo prosit, quo deinde per reum ad fideiussorem exceptio perveniat. Arg. in *L. et heredi*, *§. ult. L. quod dictum*, *supr. de pact.* Et vero ad eum aliter pervenire non potest, quam si iuret reum ipsum dare non oportere: dum enim fatebitur se fideiussisse pro reo, non potest dicere se non teneri, nisi prius constiterit ipsum reum nihil debuisse. Proinde etiam hac de caussa hoc iusiurandum recipiendum, quo acquirat iurisiurandi exceptionem sibi: quod ius concedit, postquam aliter acquirere eam non potest. Non [6] idem de pacto fideiussoris placuit, ut et hoc prodesset reo. Merito: quoniam fideiussor, ut iam dixi, iureiurando liberari non potest, nisi de reo iuraverit ipsum nihil debere, ut hinc appareat fideiussorem ita iurantem semper ipsum sibi iurare, pacto autem liberari potest, etsi paciscatur, ne a se solo petatur. Quo fit, ut si hoc amplius paciscatur, ne petatur a reo, intelligatur re vera alteri pacisci, non sibi: quod regula iuris prohibet. Et hoc est, quod dicitur in *d. L. fideiussoris*, *de pact.* fideiussoris conventionem nihil prodesse reo, quia nihil eius interest a debitore pecuniam non peti. Si fideiussoris iusiurandum proficit reo: etiam hoc admitti debuit, ut cum pater ex ea caussa, ex qua tenebatur de peculio, iurat filium non debere, iusiurandum patris prosit etiam filio: et patri pariter atque filio detur exceptio iurisiurandi, quod traditum est in *d. L. qui iurasse*, *§. 1. hic.* Nam cum filiusfamilias contraxit, duo hic tenentur: filius in solidum, et pater de peculio. *L. si quis cum*, *infr. de pecu.* Sed filius principaliter, ut cuius de contractu agatur, unde et tenetur in solidum; pater per consequentiam et ex persona filii, quasi qui illius obligationi accesserit, unde et de peculio solum tenetur. *§. actiones autem*, *Inst. de act.* Ita filius reus principalis est; pater similis fideiussori. Quapropter quæ de iureiurando fideiussoris dicta sunt, eadem et de iureiurando patris in contractu filii dici oportet omnia. Agi autem hic de patre, qui iuret filium ex contractu dare non oportere, ex eo intelligi potest, quod dicitur ex hoc iureiurando etiam patri exceptionem dari. Non est necessaria patri exceptio ex obligatione filii, nisi ex persona eius teneatur: nec tenetur, nisi ex ejus contractu. Sed hic occurritur etiam in filii contractu. Nam si pater pactus sit, ne a filio petatur, non prodest pactum filium. *L. si tibi*, *§. pactus*, *supr. de pact.* Non est hoc contrarium. Nam nec fideiussoris conventio prodest reo, cui tamen prodest fideiussoris iusiurandum; cuius dfferentiæ rationem ante reddidimus. Quod dicitur hoc iusiurandum patris etiam filio prodesse, mirum videri non debet, tametsi iuraverit filium non debere. Nam illum non debere iurans, se quoque non debere jurat: cum, ut dixi, non teneatur pater; nisi ut accessio, et ex persona filii. Quod ad procuratorem attinet; fatendum est nihil eius interesse exceptionem iurisiurandi domino acquiri

6) Ad hæc major vis jurisjurandi quam pacti ut recte Duar. *in Prior. Comm. h. t. Cap.* 16. A. Fab. *ad d. L.* 23. Bronch. 1. *Misc. Ax.* 56. Quod male negat Cujac. 22. *Obs.* 7. cuius rationes alienæ plane ac impertinentes, cum pleræque sint ex iureiur. extra litem in conventionibus petitæ. Male idem huc accomodat illud: Deum non facere discrimen inter iusiurandum et sermonem nudum. Quod axioma ita acceptum: quasi dicat, Non maior vis est, etiam apud Deum, iurisiurandi, nec gravius quis delinquit, peierando quam mentiendo, falsissimum est et perniciosissimum ac absurdissimum. Sed ad rem. Jusiurandum majorem vim habet re iudicata *L.* 2. *h. t.* Quod de pacto utique non dicitur. Et ut A. Fab. *d. L.* pactum non afficit substantiam obligationis, sed tantum efficaciam actionis, quia adhuc agi potest contra præsentem, licet inutiliter. Ergo non potest cedere loco solutionis *L.* 54. *de solut.* Certe Cuiacii ratio *d. Cap.* 7. quod inde alia ratio pacti sit, quia delato iureiurando fideiussor iuret se solvisse; pactum autem nullam solutionem intervenisse ponit, adæquata non est. Nam et idem ius est, si se dare non oportere iuravit *L. ult. §.* 1. *h. t.* Sed et recte Duar. ac Bronch. *d. loc.* Seraphin. *Priv. Juram.* 81. refellunt eos, qui inde quod iusiurandum pro solutione, inferunt fideiussorem actione mandati posse repetere a principali, si iuravit, perinde ac si solvisset. Nam immo ad regressum huius vera solutio necessaria. Tametsi Caroc. *Q.* 3. 14. *Q. principalis n.* 2. distinquit ut non sit repetitio contra reum, quando iuravit fideiussor se non teneri. Secus ubi præcise se solvisse. Quæ distinctio num vera sit, ambigo.

quiri: cum potuerit ipse impune non iurare, ut qui non cogatur in aliena caussa anceps iusiurandum subire. L. *iusiurandum et ad*, §. *procurator*, *hic*, L. 4. *infr. de in lit. iur.* Sed procurator pro domino est, qui eum dedit: et quidem eo usque, ut procuratoris pactio domino noceat: L. *nam et nocere*, *supr. de pact.* multo ergo magis, ut prosit. *L. rescriptum*: §. *ult. cum* 2. *LL. seqq. supr. de pact.* Quod cum fiet, non est metuendum, ne in eo quidquam fiat adversus regulam iuris: quia dum iurat, dominum non debere, videtur de se ipso iurare, non de altero, ut qui iuret de eo, cuius personam ipse sustinet. Et quod iurat non se, sed dominum non debere, eo fit, quia aliter domino consulere non potest. Se enim iurando nihil debere, vere quidem iurat: sed de eo non agitur, verum de debitore, de quo et actor iusiurandum detulit. Non enim quæritur an debeat, sed an dominus. Defensor etsi ab initio ad caussam defendendam accessit sine mandato: tamen pro reo et hic habendus est: quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit: idest, defensorem sua voluntate litis dominum facit. *L. si mater*, §. *hoc jure*, *infr. de exc. rei jud.* Est enim is defensor, qui aut iam iudicium accepit pro alio, aut iudicium accepturus in eam caussam satis dedit. L. *sed et hæ*, §. *defendere*, L. *Titius*, *sup. de proc.* atque utroque modo fit, ut defensor domini loco sit habendus. *d.* L. *Titius*, *de proc.* L. *nulla*, *C. de proc.*

7 Illud hoc loco † diligenter monendi sumus, cum procuratoris aut defensoris iusiurandum reo prodesse legimus: *d.* L. *nam postea*, §. *penul.* cæteros qui in hoc numero non sint, cum obligationem cum reo communem non habeant: hoc ipso removeri. Et ideo si quis rei amicus, qui illius procurator non erat, deferente creditore extra iudicium iuraverit reum non debere: eius iusiurandum reo non proderit: quia ut is non est procurator, sic nec defensor. Quæ sententia vera est. Nam neque hic est dominus litis, et iurat alteri, nec eius interest a reo non peti: ut proinde secundum regulas iuris inde alteri exceptio quæri non possit. *L.* 1. *C. per quas person. L. fideiussoris*, *supr. de pact.* Nihil hic debitorem iuvat hoc edictum. Nam ut iusiurandum unius prosit ex hoc edicto alteri, ad quem ea res pertinet, exigitur edicto, ut is iuraverit, cum quo agitur: idest, cum quo agitur ut cum eo, cum quo de re agi potest. Is autem est, aut qui ea actione tenetur, aut procurator eius, aut defensor. Cum alio debitoris nomine creditor non agit, etsi alius potest debitum negare. † Sane si servus iuraverit dominum 8
dare non oportere, exceptio domino dabitur: quamvis aperte servus iuraverit alteri, nec sit in numero eorum quos supra diximus. *L. si servus*, 23. *L. sed etsi servus*, 25. *hic.* multoque magis in eodem iureiurando proderit patri religio filii, cum quo etiam iudicium potuit consistere. *L. multo*, 24. *hic.* Sed hæc in servis et filiisfamilias proprio earum personarum iure recepta sunt, quo placuit per eos omnia patri dominove acquiri: nec referre, utrum his nominatim stipulentur, aut quid aliud in eorum personam conferant: quippe vocem filii vocem patris, et vocem servi vocem domini esse intelligi. *L. acquiruntur*, *infr. de ac. rer. dom. L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *L. quodcunque*, *infr. de ver. obl.* §. *ei vero*, §. *post mortem*, *Inst. de inutil. stip.* Hæc res facit, ut quod filius aut servus iuraverint, perinde sit, ac si pater aut dominus iurassent. Quod si ab his factum esset, nemo dubitaret, quin recte illis et secundum regulas iuris exceptio ex hoc edicto acquireretur. Atque hi sunt, quibus exceptio iurisiurandi ex hac parte edicti tribuitur.

Adversus † quos detur hæc exceptio, non 8
minus dilucide comprehensum est edicto, si quis modo verba diligenter consideret. Pollicetur Prætor se eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, actionem non daturum, idest, denegaturum. L. *nam postea*, §. *sed etsi hic.* Quibus autem denegare potest, nisi agentibus, et eam actionem postulantibus? perspicuum est igitur hoc eum dicere, se iis qui de eadem re iterum agent, actionem non daturum, et, quod idem valet, se adversus eos daturum exceptionem iurisiurandi, cum res exiget. Nec quidquam Prætor excipit. Ergo datur exceptio ex hoc edicto adversus omnes, qui de ea re agent, de qua iusiurandum delatum fuerit. Quod et verissimum est, et perpetuum: dummodo meminerimus, delatum iusiurandum hic accipi debere, ut supra diximus, idest: recte delatum, et ab eo, qui jus deferendi habuit. Hoc, inquam, si eveniet, ut ita delatum sit, non dubitabimus recte dici, adversus omnes, qui de ea re agent, de qua iusiurandum delatum fuit, exceptionem dari, sive hi detulerint, sive alius. Quod si cui de ea re agenti exceptio non obstabit, caussa in eo erit, non quia alius aget, quam qui detulit; sed quia iusiurandum non sit delatum ab eo, qui deferre potuerit. Id species eorum, qui iusiurandum deferunt, et eorum qui de eadem

dem re agunt, breviter propositæ certo declarabunt. Ex quo simul intelligetur, et adversus quos nominatim exceptio iurisiurandi competat, adversus quos non competat: et quam vere dicatur id totum effici edicto. In caussa sua et suo nomine agens recte quisque iusiurandum defert, qui habet rerum suarum liberam administrationem. *L. iusiurandum quod*, *§. pupillus*, *hic.* si is detulerit. Qui possint præter ipsum de eadem re agere, videamus. Et sunt in hoc numero heredes eius, qui detulit: tum hi quibus eadem actio cessa est: item alter ex duobus reis stipulandi, cum inter duos reos una res in obligatione versetur: *§. pen. inst. de duob. reb.* et his similes in popularibus actionibus cives omnes. Præter hos nemo occurrit, ad quem eadem actio pertineat. Atqui iusiurandum a defuncto delatum heredibus quoque nocere certum est. *L. nam postea*, *§. ult. hic.* Hi enim ut in actionem defuncti, sic in incommodum exceptionis adversus illum comparatæ succedunt. *L. 1. L. 2. infr. de bon. poss.* Sed et qui in actionem ipsam tantum succedunt, iure auctoris sui uti debent. *L. qui in jus*, *infr. de re. jur.* Nec minus in duobus 7 reis stipulandi ab altero delatum iusiurandum alteri nocere placet. *L. in duobus*, *in pr. hic.* Sed et in popularibus actionibus si uno ex civibus deferente, alter cum quo agebatur, iuraverit: placet huic prodesse iusiurandum etiam adversus cæteros, si bona fide sit exactum; tanquam ab eo recte delatum, qui rem deducere in iudicium potuit, et quo agente si adversarius absolutus esset, ei competeret rei iudicatæ exceptio adversus alios omnes. *L. eum qui*, *§. in popularibus*, *hic.* *L. 3. infr. de po. act.* Quapropter domino recte iusiurandum deferente, omnibus qui de eadem re agent, iurisiurandi exceptio oberit. At enim si quis in actione in rem iusiurandum detulerit, ut possessor iuraret rem suam esse, et is iurarit: potest alius extraneus exsistere, qui eandem rem a possessore suo proprio iure vindicet. Quod tamen si fit: convenit hunc prioris iurisiurandi exceptione summoveri non posse, et in universum quod inter alios actum sit, aliis non nocere. *L. nam postea*, *§. ult. L. quia*, *L. sed si possessori*, *in fi. hic. C. res int. al. act. al. non noc.* Non mutat hoc exemplum superiorem definitionem. In proposito enim 8 dici potest posterior actor agere de ea re, de qua iuratum est; at non de ea, de qua iusiurandum delatum est: aut quod idem valet, recte delatum, quod exigimus. Nam si prior petitor iusiurandum tantum detulit, ut de dominio suo transigeret; de alieno dominio iusiurandum non detulit, etiam si maxime possessor de omnium dominio iurarit. Quod si ille etiam de omnium dominio detulit, ut iuraret possessor adversus omnes rem suam esse: non recte detulit adversus alios, eoque hactenus nec iusiurandum pro delato habendum est. Demus actorem aliquem in caussa sua detulisse, qui deferendi ius non habuit, ut pupillum sine tutoris auctoritate, nulli de eadem re agenti exceptio obstabit, ac ne deferenti quidem. Aut enim in totum adversus eum exceptio iurisiurandi non dabitur, aut adversus exceptionem erit replicatio. *L. nam postea*, *§. si minor*, *L. iusiurandum quod*, *§. 1. hic.* nempe ex eo, quia non fuit delatum iusiurandum ita, ut ad denegandam rei in iusiurandum demissæ actionem Prætor exigit. Ubi ipso iure iusiurandum deferenti actori non noceat, ubi per replicationem supra dictum est, cum de his qui deferre possent, agerem. Jam vero in caussa aliena alieno nomine agentes iusiurandum recte deferunt, ut ibidem dixi, procurator, tutor, curator, actor municipum, et similes. Faciamus hoc detulisse: quandoque etiam dominis de ea re agentibus denegabitur actio. *L. tutor*, *in pr. L. iusiurandum quod*, *§. 1. §. pen. et ult. hic.* Et, ut dominis: sic omnibus qui ex eorum persona agent, aut qui eandem cum illis actionem in commune habuerunt, de quibus paulo-ante. Aliis extraneis in caussa aliena deferen-

7) Quia habentur loco unius propter unitatem obligationis, Duaren. *in Prior. Comm. h. t. Cap.* 19. Unde et pactum unius alteri nocet, si socii non sint *L. 27. princ. de pact. ut supr. Lib.* 16. *Comment. Civil. Cap.* 25. *N.* 2. ubi notavi. Etsi Cujac. *ad d. L.* 27. dissentiat ut *et* 22. *Obs.* 7. rationem differentiæ reddens, quod hic debitor cui unus reus detulit, juret se solvisse. Pacto antem interposito, ait, nihil tale dicit, sed quod inter eum ac stipulatorem in confesso est dari oportere, id creditor remittit. Quæ ejus liberalitas alteri reo stipulandi obesse nequit. De suo enim quisque largiri debet, non de alieno. Ita Cujacius. Sed fallitur (1) quia idem est, sive juret se solvisse sive se non teneri, nunquam obligatum esse. Argum. *N. ult. §.* 1. *h. tit.* 2. Pacti quoque frequens formula, non teneri reum *L. 40. pr. de pact.* ac sæpe ex abundanti qui vere non tenetur, insuper pacto sibi prospicit, ne vereatur calumniosam forte litem, ubi nulla liberalitas vel remissio. Nam *L. 1. de trans.* non indefinite de quovis pacto sed restricte loquitur. Sed nec *d. L. 28. pr.* ad reos socios restringenda, ut quidam, quos refellit Caroc. *Q.* 1. 14. *Q. principalis n.* 1. quia, inquit, omnium correorum eadem ratio, cum jusjurandum habeat vim litis contestationis, quæ facta ab uno alteri nocet. *L. 16. de duob. reis.*

8) Bellissime. Confer. Caroc. *Q.* 14. *principali.* Pinel. *in L. 1. C. de bon. matern. P.* 3. *n.* 50. *p.* 293. *ac seq.*

rentibus, nulli actio denegabitur, seu in nullum dabitur exceptio: quia delatum iusiurandum haberi non debet, quod delatum est ab eo, qui deferre non potuit. *L. alias*, *L. tutor*, §. 1. *hic*. Ita dum de ea re agetur, de qua iusiurandum delatum fuit, si quæritur adversus quos detur exceptio iurisiurandi: non aliud quærendum est, quam an recte et ab eo qui deferre poterat, delatum fuerit. Qui deferre possint, ante satis dictum est.

10 Reliquum est † ad exceptionem, ut qua de re iterum agi oporteat, videamus. De [9] eadem re, de qua non iuratum solum, sed iuratum et simul iusiurandum delatum est, iterum agi oportet, ut sit exceptioni locus. Eandem rem hic accipimus, non rem cuius nomine actum est, non etiam actionem qua actum est; sed quæstionem, quæ vocata est in iudicium, et iureiurando decisa: *L. in duobus*, §. *exceptio*, *hic*. Ut si hæc quæstio nunc non moveatur, nihil obsit exceptio, quamvis aut petatur eadem res, aut eadem actione agatur; sin eadem sit quæstio, locus sit exceptioni, quamvis aut alia res, aut alia actio in iudicium vocetur. Quæstionem autem eandem aut diversam caussa agendi facit: ut si ob eandem caussam nunc agitur, sit quæstio eadem; si ob aliam, diversæ sint quæstiones. *L. si actor*, *hic*. Exemplis ad utramque partem accommodatis res plana fiet. Propone de eadem re agi, at non de eadem quæstione; seu non eadem de caussa hoc modo. Petierat quis Stichum ut sibi ereptum, et de eo deferente reus iuraverat se non rapuisse. Actor eundem Stichum ab eodem repetit, ut sibi furto ablatum. Idem quidem corpus repetitur; sed hic alia quæstio est, quia alia caussa agendi. Aliud est enim furtum facere, aliud rapere. Ideo placet reum exceptione iurisiurandi non adiuvari. *L. in duobus*, §. *si quis iuraverit*, *hic*. Item, maritus soluto matrimonio ab uxore rem repetit ut amotam, et eo deferente mulier iuravit se rem non amovisse. Deinde maritus eandem rem ut suam vindicat. Hæc alia quæstio, et alia caussa agendi est, etsi res eadem petitur. Ideo agenti exceptio non nocebit. *d. L. in duobus*, §. *quæ iuravit*. Propone e converso eandem quæstionem moveri. Obstabit agenti exceptio, quamvis alia actione experiatur, atque adeo rem aliam petere instituat. Utputa, de re quæ apud alium est ex mandati caussa, mandanti et mandati, et certi condictio competit. Qui mandati nomine de re agebat, iusiurandum detulit, et reus iuravit se rem ex caussa mandati dare non oportere. Frustra de eadem re aget postea certi condictione: quia etsi hæc alia actio est, tamen ex eadem caussa competit: unde et hic eadem quæstio in iudicium deducitur; atque hinc exceptio ex hoc edicto. *d. L. in duobus*, §. *exceptio*. Item colonus cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato, iuravit deferente actore se non succidisse. Sive ex lege duodecim tabularum de arboribus succisis, sive ex lege Aquilia damni iniuria, sive interdicto quod vi aut clam postea conveniatur: per exceptionem iurisiurandi defendetur, quia ubique eadem agendi caussa est, eoque et eadem quæstio. *d. L. in duobus*, §. *colonus*. Item, cum soluto matrimonio rem quam uxor possidebat, maritus suam esse intenderet, mulier deferente marito iuravit rem suam esse. Placet, si maritus eam rem postea repetat ut sibi amotam, quamvis id faciat maxime alia actione, nempe rerum amotarum, tamen mulierem per exceptionem defendi debere. *d. L. in duobus*, §. *quæ iuravit*, scilicet quia hic eadem caussa et quæstio in iudicium revocatur. Non enim viro amota est, nisi eius fuit. At de eo prius iuratum est, ipsius non esse. Eiusdem rei exemplum est in *eadem L.* §. *igitur*. Sed etsi de alia re videatur agi: si tamen agatur ex eadem caussa, exceptio obstabit. Utputa, cum patronus præiudicio agens aliquem libertum suum esse diceret: iuravit libertus patrono deferente se libertum non esse. Deinde patronus petit ab eo operas, aut petit bonorum possessionem contra tabulas defuncti. Exceptione summovebitur. Petit enim hac de caussa, quod dicat eum libertum suum esse aut fuisse: de qua quæstione ante iuratum est. *L. eum qui*, §. *pen.* Eadem dicemus, si quis de obligatione principali iusiurandum detulerit, deinde post agat de accessionibus, ut de pignore, aut postea pœnam petat. *L. iusiurandum a* 40. *hic*. Nam hæc ex principali obligatione pendent, et illa sublata tolluntur. *L. in omnibus speciebus*, *infr. de sol. L. cum principalis*, *infr. de reg. iur.* Atque hæc iurisiurandi exceptio est, et ratio, qua Prætor tuetur iurantem reum, cum extra iudicium iuraverit.

CAP.

9.) *L.* 13. §. 2. *h. t.* Duar. *in Prior. Comm. h. t. Cap.* 18. *et in Poster. Cap.* 4. *f. mihi* 866. *et seqq.* Qui hoc pluribus declarat, ut et Borch. *Cap.* 8. *n.* 16. *et seqq.*

CAP. VIII.

De actione ex caussa jurisjurandi: quæ et qualis sit: quibus: Adversus quos: Quandiu: Quam vim habeat.

SUMMARIA.

1. *Actio ex iureiurando una, eaque non vetus sed nova, eademque in personam, quæ dicatur in factum, et utilis.*
2. *Cur in factum.*
3. *Utilis non diversa ab actione in factum, sed una et eadem.*
4. *Cur utilis.*
5. *Opinio vulgaris de differentia harum actionum refutata.*
6. *Cui detur, et adversus quos.*
7. *Ex iureiurando actio perpetua; quamvis ex temporaria actione iuratum sit, atque adeo etsi iuratum sit ex actione de dolo.*
8. *Actio ex iureiurando nomine non similis actioni iudicati: re similis, et cur.*
9. *Hac actione quid consequamur.*
10. *In actione quæ per inficiationem in lite crescit, si iuratum sit, simpli non dupli persequutio datur, et explicata* L. cum qui in pr. de jureju.
11. *Jusiurandum ex caussa famosa reum adversus quem iuratum est, non infamat, ut res iudicata, et cur.*
12. *Actionis ex iureiurando certitudo, ut nihil quæratur amplius*

Ut autem hic tuetur iusiurandum reo, sic et actori: atque huic suo item modo, qui pariter tempori, et petenti conveniat: comparata nimirum in eam rem actione cum ipsi, tum deferenti, sicubi id res exigat. Hanc actionem [1] etiam edicto propositam esse constat. *L. nam postea*, §. 1. *L. in duobus*, §. *ult. hic.* §. *item si quis*, *Inst. de act.* Quæ et qualis sit; quibus de-
1 tur; adversus quos; quandiu; tum quam vim habeat, ordine dicemus. † Sed in primis quæ et qualis: de quo varie scriptum videtur. Modo enim hic actionem veterem dari legimus. *L. si duo*, §. *si quis iuraverit*, §. *Marcellus*, *hic*: modo utilem. *L. sed si posssessori*, §. *ult. L. quod si iuravi*, *hic*: modo actionem in factum. *L. actori*, *C.* 20. *d. L. sed si possessori*, *in pr. vers. proinde.* Unde dubitatio, an hic plures sint actiones his verbis distinctæ, an una: et num actio ex iureiurando non minus sit in rem, quam in personam: nec admodum res percepta est. Ego unam esse puto, in personam, non in rem: eandemque, non veterem eam, de qua iuratum est: sed novam ex iureiurando, quæ et in factum dicatur, et utilis. Et actio ex iureiurando una est in personam, non in rem. Certe inter actiones in personam aperte numeratur in §. *item si quis*, *Inst. de act.* Et recte. Nascitur enim [2] ex contractu; quia ex iureiurando. Ut enim iudicio contrahitur inter litigantes propter consensum. *L.* 3. §. *idem scribit*, *infr. de pec.* ita et iureiurando. *L.* 5. §. 1. *infr. de pec.* scilicet quia et hoc proficiscitur ex conventione, et iudicii instar obtinet. *L. sed etsi servus*, *L. qui iurasse*, §. *ult. hic.* Scimus autem actiones ex contractu esse in personam. §. 1. *Inst. de act.* Etsi autem Justinianus hanc actionem iuranti tribuens in *d.* §. *item si quis*, loquitur nominatim de eo, qui iuravit sibi deberi pecuniam, quam peteret: quod ei convenit, qui vetere actione in personam ageret: tamen exempli caussa id dictum accipien–

1) Etsi enim caput istud edicti non exstet, dubium tamen non est, quin de eo Prætor edixerit, ut colligitur ex *dd. LL. item L. pr.* 30. *D. L.* 8. *Cod. hoc tit.* Duar. *in Prior. Comm. h. t. Cap.* 20. *et in Poster. Cap.* 5. Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 9. *Q.* 1. Ac immerito Zazium dubitare, num ex jurejurando extrajudiciali detur hæc actio, cum de eo diserte loquatur. *d. L.* 28. §. *ult.* scribit Mudæ. *ad* §. 11. *I. de act. n.* 2. Et tamen cum Zasio hanc actionem ex voluntario jurejurando negat Vult. *ut Not. infr. Cap.* 10. *N.* 5. *et* Borch. *de Jurejur. Cap.* 8. *n.* 30. *et seq.* Cum contra Donellus actionem hanc ex solo extrajudiciali dari sentiat ut *infr. d. N.* 5.

2) Verum hoc refelli *supr. in Not. Lib.* 12. *Civil. Commentar. Cap.* 14. *N.* 6. Nam si vere conventio ac contractus inesset, jurisjurandi actio civilis daretur. Respondet sane ad hoc Donell. *ad* §. 11. *I. de act. n.* 3. ideo prætoriam actionem dari, quia non expressa hic nec omnibus cognita conventio, verum eam inesse prætor interpretatus est. Atqui ex hoc ipso arguo: si ex interpretatione illa: utique non vera, sed tacita, qualis in quasi contractibus. Quomodo Beust. *in L.* 2. *h. tit. n.* 24. Non est, ait, hæc actio ex transactione nuda, tum quia hic quasi contractus adest, tum quia deferens videtur se adversarii debitorem confiteri, si juret *L.* 26. *in fin. h. t.*

piendum est; nec minus idem puto, etsi quis in actione in rem iuraverit rem, quam petebat, suam esse. Ut puta, petitor deferente possessore iuravit rem esse suam, et possessore non restituente agit ex hac parte edicti, intenditque rem esse suam, ut iuravit. Etsi hæc intentio est actionis in rem, tamen nihilominus in personam agere intelligitur hoc ipso, quod agit propter iusiurandum. Eiusque rei certissimum argumentum est, quod non datur illi hæc actio, nisi adversus eum, qui detulit, heredemque ejus. *L. nam postea*, §. *ult. et L. seq. hic*: idest, non nisi adversus eum, quicum iusiurandum interpositum est, et iurisiurandi velut obligatio contracta: quod proprium est actionum in personam. Quod si actio in rem esset, competeret adversus eius rei possessores quoscunque, etiam alios, ut est natura actionum eius generis. §. 1. *Inst. de act.* L. *actionum*, *infr. de ob. et act.* Et cur non sit hic quoque actio in personam, cum pariter sit ex iureiuran-
2 do, idest, ex contractu? † Dicitur actio [3] ex iureiurando actio in factum in *L. actori*, *C. eod. L. sed si possessori*, *in pr. vers. proinde*, *hic*: quia ita dicuntur, quæ proponuntur verbis in factum præscriptis, eaque narratione pro nomine utuntur; cæterum aut vulgare et usitatum nomen non habent: L. 1. *L.* 2. *infr. de præs. ver. L. cum mota*, *C. de trans.* aut non habent certum, eo quod dubium sit, qua ex caussa et negotio agatur. *L.* 1. *infr. de æsti.* Quo ex genere posteriore est actio ex iureiurando. Nam alioqui, ut nomen spectemur iusiurandum certæ rei nomen est itidem, ut iudicatum. Itaque ut ex iudicato actio est, quæ dicitur non in factum, sed iudicati: *L. miles*, §. *ult. infr. de re jud. L.* 3. §. *idem scribit*, *infr. de pecu.* ita et ex iureiurando, si verbum hoc sequimur, actio dici possit proprio nomine actio iurisiurandi, eoque non sit in factum. Sed ideo ita non dicitur, quia cum agitur ex iureiurando, ambigi potest, utrum agatur ex vetere caussa, quæ iureiurando probetur; an vero ex nova caussa iurisiurandi: quoniam ut iusiurandum conventionem et contractum in se habet: *d. L. qui iurasse*, §. *ult. hic*, *d. L.* 5. §. 1. *de pec.* Sic et rei de qua iuratum est probationem. L. 5. §. *dato*, *hic*. Nulla huiusmodi incertitudo in actione iudicati. Certum est enim, cum ad exsecutionem sententiæ, detur, non competere ex priore caussa, de qua iudicatum est, cum illa exsecutionem partam nullam habuerit; sed solum ex iudicato, quod hanc executionem peperit. Ita cum et nomen certum rei gestæ concurrat: ex certo facto etiam certum nomen actionis proditum est, diciturque iudicati: ut sit et in aliis negotiis, quorum certæ sunt appellationes iure civili. *L.* 3. *infr. de præs. ver.*

Sed ut dixi, præter actionem in factum † 3
etiam ex iureiurando vetere actione agi posse, et præterea utilem quandam actionem esse legimus. Num ergo hic totidem sunt actiones, quot verba diversa esse videmus? Et convenit inter omnes, si qua hic sit vetus actio, tamen hanc ipsam esse, quæ dicitur utilis. *L. si duo*, §. *Marcellus*, *in fin. hic.* ut hic si plures sint actiones: non tamen tres afficiantur, sed tantum duæ: illa in factum, de qua dixi; et vetus quæ eadem sit utilis. Hoc ergo videndum, num hæ saltem duæ sunt, non una. Et quis veteris actionis verbo non statim moveatur, ut has maxime diversas actiones esse iudicet? Nam si actio in factum nascitur ex iureiurando, ut volumus: perspicuum est, eam esse novam actionem, non veterem. Hæc enim ex vetere caussa est, de qua iuratum est; illa ex iureiurando, quæ caussa postea intercessit: ut non possit non esse nova actio, quæ inde nascitur. Quis autem non videt diversas esse actiones veterem et novam: et quidem re maxime diversas, quæ ex tam diversis caussis oriantur? Tantum vero inter has interest, ut hac ipsa re efficiatur, veterem actionem esse posse in rem, quia de ea iurari potest; nunquam autem actionem in factum aliud esse, quam in personam, cum non nascatur nisi ex contractu, idest, ex iureiurando. Et hæc admittenda sunt, si quis concedat, ab eo qui iuravit, ob iusiurandum proprie vetere actione agi posse. Sed animadvertendum est, [4] veterem istam quæ dicitur competere post iusiurandum, verbo ve-

3) Vultei. *Disc. schol. Cap.* 7. *p.* 72. in factum dici, quod in ea quæratur magis quod rite, quam quod recte factum, juratumne sit, non an vere vel falso. In factum: non tantum quia in factum concepta, quæ generalis actionum in factum natura; sed et quod in ea tantum quæratur de facto: an nempe juratum sit sive vere, sive falso:

4) Hoc displicet Vultejo. *Disc. Schol. Cap.* 73 *pag.* 73. *col.* 2. quia indignum Jurisconsultorum prudentia nominari actionem ex empto, exempli gratia, quæ vere non sit. Verba enim propter res inventa, nec alias quam quæ illis denotantur accipimus. Ipsius autem Vulteii hæc sententia, *d. Cap.* 7. *et ad* §. 11. *I. de act. n.* 13. *ac seq.* 1. Putat edictum prætoris ad controversias solum quæ in jus deductæ, pertinere. Vid. *not. infr. Cap.* 10. *N.* 1. Hinc distinguit. Aut in jure apud prætorem præstitum jusjurandum et quia judicium nondum constitutum, proinde actio nondum data novari nequit, veterem actionem dari, cum ejusdem caussa non sublata sit: De hoc jurejurando loqui *L.* 13. §

veterem dici, re autem vera non nisi novam actionem esse, et eam quæ nascatur similiter ex iureiurando: ut proinde sit et ipsa in factum, et ut ex contractu est, ita non sit nisi in personam. Quod ut intelligatur, quid de hac vetere traditum sit, cognoscendum est. Veterem, ut dixi, actionem iuranti dari legimus. Ut puta iuravit quis se emisse: ex empto agere poterit. Juravit se fundum pignori dedisse: agere poterit pignoraticia. *L. si duo*, §. *idem Julianus*, §. *Marcellus*, *hic*. In actione quoque in rem iuravit quis rem suam esse: competit ei Publiciana. *L. sed etsi*, 7. §. *si petenti*, *supr. de publ.* Idque hac ratione defenditur, quod iusiurandum pro iusta probatione est, et ut alibi dicitur, perinde haberi debet, quod iuratum est, atque si probatum esset. *L.* 5. §. *data. L. sed si possessori*, §. *ult. hic.* Nemo autem ignorat, si quis intendat se emisse, et probet, eum recte agere ex empto, et vincere debere. Sed ita dicitur competere hæc vetus, ut simul dicatur esse utilis, ut con-
stat ex *d. L. si duo*, §. *Marcellus*, *in fin*
L. sed si possessori, §. *ult. hic.* † Et re- 4
cte utilis, non directa. Est enim directa, quæ recta verbis legis datur: utilis, quæ verbis cessantibus datur ex sententia utilitate ita suadente. §. *ult. Inst. de. leg. Aq. L. quia actionum*, *infr. de præs. ver.* Jam vero verbis legis non datur ex empto actio nisi ei qui emit. *L. ex empto*, *infr. de act empt.* Non continuo autem emit, qui iuravit se emisse. Fieri enim potest, ut falso iurarit. Proinde ei qui tantum dicit se emisse, quia iuravit, directa ex empto actio competere non potest. Sed tamen prætor iusiurandum sic accipit, quasi hoc interposito satis probatum esset. *d. L.* 5. §. *dato*, *hic.* Ita fit, ut cessantibus verbis legis detur utilis ex legis sententia, quasi emptio intervenisset; sed semper hac de caussa, quia iuratum est. *d. L.* 5. §. *dato*, *d. L. sed si possessori*, §. *ult. hic.* Ex his apparet veterem hanc, quæ dicitur, unam hanc caussam et defensionem habere, qua nitatur, quia iuratum sit. At hoc nihil a-
liud

3. *et* 5. *hoc tit.* Aut in judicio, atque hic priori prorsus exstincta, dari actionem in factum, utilem judicati *L.* 11. *pr. d. L.* 8. *C. h. t.* Nam cum ad similitudinem judicati detur: exemplo judicati priorem actionem novari censet, ut sublata veteri caussa, ut ea supersit, quia juratum est. Argum. *L.* 13. §. *etiam* 4. *de pign.* Atqui hanc utilem actionem esse, non tam quia jusjurandum vicem rei judicatæ obtinet, quam quia actio judicati directa datur ex sententia a judice in invitum lata. Sententia autem ex jurejurando ad voluntatis partium placitum *L.* 6. *C. h. t.* seu petitionem *L. pen.* §. *sive* 3. *C. eod.* Idem ad *d.* §. 11. *n.* 4. Necessariam hoc casu prætoriam actionem esse, quia jurejurando omnis obligatio sublata, etiam civilis, cum perinde atque solutio liberet *L.* 27. *h. tit.* Nec longe abludit Borch. *Cap.* 8. *n.* 36. *et seqq.* quia itidem *n.* 45. actionem priorem novari scribit. Quorum sane opinationi consequens est; ne quidem si caussæ jurisjurandi non innitatur actor, sed aliunde fidem actionis suæ facturus, eam superesse. Quod perquam mihi incongruum, ac incommodum videtur. Pone enim: qui vere emit, cum de eo contentio incideret, num emisset: aut qui vere dominus rem suam esse juravit, firmiores postea probationes nactus, actionem ex empto, vel rei vindicationem intentat, dissimulato eo, quod prius juraverit; aut ut non dissimulet, in eo intentionem suam non fundat, confidens aliis probationibus, magisque existimationi se consulere ratus, si veris probationibus ostendat se emisse, dominiumve suum doceat; quam si fictæ huic, veluti præsumptæ probationi innitatur. Quid est quod eum removere possit? Anne dicet reus: Ast tu prius jurasti, itaque actionem veterem novatione facta amisisti: Improbus erit, qui hoc objiciet, eo ipso ostendens temere litem subire, qui vel ideo quia juratum, actoris petitioni satisfacere debeat. Confer. *C. seq. in fin.* Quid quod nec judicato fit novatio, nisi quatenus actori expedit, cum, lite contestata, ejus deterior conditio non fiat, ut suo loco. Atque id quoque controversum, num præter actionem judicati, actio vetus non supersit. Et recte tamen Don. ut *C. seq. n.* 9. *ad N.* 19. jurejurando nec fieri novationem. Certe id firmandæ priori obligationi si quæ prior adest, accedit adjuvandæque. Qui igitur eandem perimet? Noxium id sæpe foret actori, cum quandoque ex iureiurando actio non tantundem plane quantum prior persequatur, ut *infr. h. C. N.* 12. præcipue autem quia si actio in rem prius competiit, actio ex iureiurando non datur contra alium possessorem. Pluresque caussæ incidere possunt, cur expediat, nova hac relicta, veterem priorem intentare. Fallax denique, nec uno modo vitiosa argumentatio illa quod iureiurando omnis obligatio tollatur, quia id solutionis loco sit. Nam et hoc solum obtinet in iureiurando debitoris, cui creditor detulit ut *C. seq. n.* 9. *sub fin.* Quis enim aut quam apte dicet solutum creditori aut satisfactum videri: cui non modo nihil præstitit debitor, sed eum insuper hoc onere iurandi gravavit: Et tamen nec illic obligatio civilis exstinquitur, ut firmavi *C. præced. N.* 1. Denique LL. a Vulteio adductæ, quasque sibi obiicit, species habent, quibus actor caussæ huic quod iuraverit præcipue innititur. Ac refellitur Vulteius ex *L.* 30. *pr. h. t. ut infr. N.* 12. Enimvero sic probandum esset, quod Donellus eandem vult esse actionem, quæ modo in factum dicitur, modo utilis, modo ex ea caussa de qua iuratum est: cum magis tamen statuam duplex hic remedium proditum, esse ut, utrum exercere malit, actori liceat. Oldendorp. *Class.* 1. *Act.* 9. *in adfin. Remend. n.* 1. nisi ex caussa contractus innominati iuretur: ex quo ipso non alia quam præscriptis verbis, vel in factum actio. Old. *ibid.* Gilk *ad L.* 8. *C. h. t. n.* 3. Ast hoc minus probandum foret, quod ubi in reali actione iuratum, eadem in personam sit. Quin potius utilis ea vindicatio, seu Publiciana, petitiove hereditatis, ut Goth. *ad L.* 11. §. *ult. h. t.* Rulant. *de commissar. P.* 3. *Lib.* 7. *C.* 9. *n.* 16. Mudæ. *in* §. 11. *I. de act. n.* 24. Nam et *d. L.* 7. §. 7. *de publ.* nimis clare dicit: *Competit Publiciana mihi.* Etsi enim innitatur ei caussæ, quod iuratum sit, tamen ea adducitur, non ceu immediata, sed ceu mediata, caussa petitionis, sicuti et alias vindicatio expressa vel adiecta caussa intentari potest; ex. gr. Rem istam meam esse aio, quia ex emptione traditam accepi. Nec obstat quod non contra quenvis possessorem datur. Nam id contingit ex defectu probationis, quæ contra alium non suppetit. Plane quod Vult *d. C.* 7. *p. mihi* 73. et ad *d.* §. 11. *Ipsi* 10. *I. de act. n.* 16. ita demum Publiciana agi putat *d. L.* 7. §. si reus ex caussa iurisiurandi tradita ac amissa, vix convenire reor. Tunc enim Publiciana contra alium quoque competet, cum traditio ex caussa facta vel dominium, vel ius usucapiendi ad caussam dominii, sive ius dominio finitimum, quod Publicianam gignit, transtulerit. Ac ratio pariter subiecta ac *vers. sed si possessori*, arguunt Publicianam ex ipsa iurisiurandi caussa illic dari. Nisi quis dixerit et ubi ex empti donative caussa quis accepit, re amissa Publicianam solum dari contra eum qui vendidit aut donavit, quia emptio donatiove alterius alteri non noceat. Quod quam iuri adversetur satis apparet.

liud est, quam hanc ex vetere caussa non intendi, sed ex nova iurisiurandi. Proinde verbo veterem dici; re autem vera esse novam, natam ex solo iureiurando. Nec ad rem pertinet, quod actor primo ex vetere caussa sibi deberi dicit: unde et veteris caussæ intentione utitur. Hanc enim caussam initio obtendit, quia facit ad ipsius existimationem, ne videatur falso iurasse sibi deberi. Cæterum re vera hanc omittit, cum se ideo agere dicit, quia iuravit. In hac enim caussa solum consistit: cuius hoc proprium est, ut non aliud quæratur, quam an iuratum sit: remissa quæstione, an ex priore caussa debeatur, ut est in *d. L.* 5. §. *dato.* Idque est, quod Paulus scribit in *L. eum qui, in pr. hic.* hoc iudicio, in quo de iureiurando agitur, non principalem caussam exerceri, sed iusiurandum actoris conservari. Est igitur tota hæc actio ex iureiurando non minus, quam si aperte statim ab initio ita quis ageret, ut diceret ideo se petere, quia deferente adversario iurasset sibi ex illa aut illa caussa deberi, aut rem suam esse. Quid enim interest, utrum intentio statim ab hac caussa incipiat, an initio ex alia caussa facto, intentio in hanc caussam, priore omissa, desinat? Quod si actio ex iureiurando: fit, quod supra dixi, ut sit actio ista utilis solum in personam, non in rem: simul ut sit et in factum, illa ipsa quam in factum ex iureiurando competere diximus. Eiusque sententiæ argumenta hæc duo sunt: unum, quod in *L. sed si possessori, hic*, ei qui iuravit, rem suam esse, datur actio in factum, *in pr. vers. proinde.* Eidem paulo post in §. *ult.* datur utilis. Alterum, quod quæ actiones a iuris auctoribus utiles vocantur, easdem constat et in factum nominari. §. *ult. Inst. de leg. Aquil.* iuncta *L. boves, supr. ad leg. Aquil. L. quia actionum, infr. de præs. ver.* Et ut omnis utilis ex iureiurando est in factum ob eam caussam, quam de hoc verbo supra exposuimus: ita et omnis in factum ex hac caussa recte dicitur utilis, si cum vetere actione, de qua iuratum est, conferatur. Cum qua et confertur, et ad cuius similitudinem introducta est, edicto iusiurandum ita interpretante, quasi satis ea caussa probata esset. *d. L.* 5. §. *dato.* Neque novum est, ut quæ actio prætoria [5] directa dici potest, si verba edicti spectentur, quia verbis ipsis proposita est: ea dicatur utilis, si ad actionem civilem, cuius ad exemplum introducta est, revocetur. Publiciana aperte edicto proposita est. §. *namque, Inst. de act.* Qua ratione recte dicatur ex edicto directa. Ea tamen dicitur in rem utilis, rei autem vindicatio quæ iure civili domino datur, directa, ut significatur in *d.* §. *namque*: scilicet quia illa ad similitudinem huius a prætore constituta est. Ita plane una est actio ex iureiurando, quæ modo dicitur in factum, quia intentio actionis dubium faciat, utrum ex vetere caussa agatur, an ex iureiurando; modo utilis, quia sic intendatur, quasi sit ex vetere caussa; verum auctoritate prætoris, non verbis legis. Utrumque tamen ita, ut constet quacunque forma agatur, eam non aliunde nasci, certe non aliunde consistere, quam ex hac una caussa, quod iuratum est.

Illud quidem nullo modo probandum est
† quod [6] Accursius et alii tradiderunt, ad 5
§. *item si quis postulante, Inst. de act. et L. actori, C. de iur.* sic has actiones differre, ut utilis sit, cum quis certa de caussa nominatim iuravit, puta se emisse: in factum autem, cum simpliciter iuravit sibi quid deberi, nulla caussa adiecta, ex qua deberetur. Ut enim admitteremus duas esse: nunquam tamen [7] recipiendum est, ut diversis in caussis dicantur competere: multo vero minus, ut dicatur ex iureiurando ulla esse actio, ubi quis iuravit sibi deberi, nulla caussa debendi expressa. Qui de-

5) Vid. *Not. supr. Lib.* 21. *Civil. Commentar. C.* 2. *Not.* 7.

6) Cum quibus et Duar. *ad h. t. D. in Comm. Poster. C.* 5. Mudæ. *in* §. 11. *I. de act. n.* 20. *et* 2. *seqq.* Beust. *ad L.* 9. §. 1. *h. t. n.* 1. *et* 2. Sneidvin. *d.* §. 11. *n.* 61. Caroc. *de Juram. lit. Decis. Q. principali* 18. ac fere Pac. 3. *Q.* 78. qui sic: Si in judicio juratum, utilis judicati actio *L.* 8. *Cod. h. t.* si extra judicium adjecta caussa, actio utilis ex ea caussa, quæ jurejurando expressa; non adjecta caussa, in factum. Et illic DD. jusjurandum formiter præstari dicunt, hoc vero informe vocant, tale quoque statuentes, ubi rem suam esse quis jurat, non adjecto titulo dominii.

7) Ita et DD. vulgo refellit Gilken. *ad L.* 8. *C. h. tit. n.* 6. *et* Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 9. *in ad fin. Remed. n.* 1. juramentum istud quod informe appellant, a judice non admittendum, nisi jurans ad acta judiciaria se referat, ex quibus debiti caussa appareat. Addit Gilken. *d. loc. n.* 7. quod ita sequeretur, non modo ex pacto nudo, juramento accedente, nasci actionem, quod vulgo negatur; sed et ut jusjurandum id efficiat, ubi nulla vel plane inutilis intervenit stipulatio. Non obstat formula, quæ passim occurrit, si juraverit sibi dari oportere, se dare non oportere *L.* 9. §. 5. *L.* 25. *L.* 28. §. *ultim. L.* 29. *h. t.* Neque enim ea Jurisconsulti hoc volunt, quasi tam nuda conceptio sufficiat, sed compendio loquendi totam actionem, in personam cum sua caussa denotant. Quasi dicerent, si in actione personali juraverit, nempe juxta legitimam formam, expressa caussa. Oldend. *d. loc.* Nam et ita simplex formula agendi refertur in §. 1. *et* §. 14. *I. de act.* nec sequitur tamen ita recte judicio intendi, contra quam *supr. Civil. Commentar. Lib.* 23. *Cap.* 5. *N.* 5. Plane Borch. *de Jurejur. Cap.* 8. *n.* 30. *et seqq.* contendit ex jurejurando voluntario nullam nisi veterem actionem competere posse, uti et ex præstito in judicio, si sententia non sequuta.

ferente adversario iuravit rem suam esse, huic utramque competere scriptum est in *L. sed si possessori*, *hic*: in factum *in princip.* utilem autem in §. *ult.* Eadem igitur in caussa utramque: ut aut pariter utraque competat, cum nulla caussa adiecta iuratum est, aut pariter cum iuratum est, adiecta caussa petendi. Sed res ita habet, ut in superiore specie qui iurat, caussa petendi adiecta, iuret. Nam ad vindicandum satis est caussæ, si quis dicat rem suam esse. *L. in rem*, *supr. de rei vind. L. actionum*, *infr. de obl. et act.* Quo minus ferendum est, ut dicant actionem in factum esse, cum simpliciter iuratum est; nulla caussa adiecta: cum illi ipsi in eadem specie utilem actionem dent, quam non nasci fatentur, nisi cum caussa iurandi expressa est. Quid, si etiam fieri non potest, ut quis sine caussa iurans habeat ullam actionem ex iureiurando? Primum non habebit, nisi etiam ei ita delatum sit, ut simpliciter iuraret sibi deberi. Nihil enim prodest iurasse, nisi conditione delata iuratum fuerit. *L.* 3. *hic.* Atque nemo debitor, opinor, tam stultus est, ut cum ab eo decem petuntur, quæ negat se debere, si longius progredi vult, non statim roget, ex qua caussa debeat; et cum actor caussam dixit, non tunc deferat iusiurandum, ut actor iuret sibi deberi ex illa caussa; non etiam ut iuret simpliciter sibi deberi. Tum autem ut exsistat forte debitor aliquis, qui de caussa debendi nihil inquirens, velit actorem simpliciter iurare: quid profuerit iuranti ita præstitum iusiusiurandum? Si quando enim postea ex eo aget, ut petat decem, quæ sibi deberi iuravit, rogabitur ex qua caussa velit sibi ante debita fuisse. Si nullam dicet, non est audiendus: quia ius affirmationem non recipit: jure enim sine iusta caussa deberi nihil potest. §. *ult. Inst. de obl.* Affirmationes autem ratæ non sunt, quibus ius aut natura adversatur. *L. si is cuius*, §. *ult. supr. de inter.* Si dicet aliquam: iusiurandum nihil eum adiuvabit: quia neque de certa caussa iuravit, ut apparet, neque iuravit de omnibus, quoniam ex omnibus caussis res petita deberi non potuit, sed ex certis tantum. Omninoque idem his dicetur, quod de cautione eius qui scripsit se decem debere, nulla expressa caussa, cur deberet. Placet hanc cautionem reo nihil nocere. *L. generaliter*, *C. de non num. pec. L. cum de indebito*, §. *ult. infr. de prob.* Quia nimirum sine caussa certa debere non potuit iure, quantumvis confessus sit se debere; creditor autem si aliquam caussam dicet, ideo nihil agit, quia cautio hanc caussam non probat, de qua nihil exprimit. Nec quisquam dicat iusiurandum cautioni non recte comparari: quasi maior vis sit iurisiurandi. Non enim minus cautioni suæ quis stare cogendus est, ubi cautionem suam agnoscat, quam iuriurando. *d. L. generaliter*, *C. de non nu. pec.* Sed non debet stare ultra, quam cautio exprimit: sic nec debet nocere iusiurandum ultra, quam continet: siquidem et hoc pro probatione itidem, ut cautio habetur. *L.* 5. §. *dato*, *hic.*

Hæc † actio, quod secundo et tertio loco propositum est, datur [8] ei actori, qui juravit. *L. actori*, *C. eod.* §. *item si quis postulante*, *Inst. de act.* Et ut intelligere liceat qualiscunque sit, et quacunque forma intendatur, omnem hanc esse in personam, etiam tunc cum quis in actione in rem iuravit rem suam esse: non huic datur adversus extraneos, aut possessores rei, sed ut est conditio actionum in personam, duntaxat adversus eum, qui iusiurandum detulit, ut eum cum quo contracta iurisiurandi obligatio est: item adversus eos, qui in eius locum successerunt, ut est in *L. nam postea*, §. *ult. L. quia*, *L. sed si possessori*, *vers. proinde*, *et* §. *ult. in fin. hic.* Etsi autem proposita est maxime eius actoris caussa qui iuravit, ac fortasse verbis edicti huic soli (nam huius solius mentio fit in *d.* §. *item si quis postulante*, *et in d. L. actori.*) tamen sive verbis edicti, sive sententia efficitur, ut ad alios quoque pertineat, certe placet ei quoque dari, qui detulit adversus eum, qui iuravit, quoties de ea caussa iuratum est, ex qua si vere iuratum esset, ut iuranti, sic deferenti [9] mutuæ essent actiones. Ut puta; iuravit quis se emisse rem 6

a

8) Interdum etiam reo, qui actor detnlit, actio est, ut in specie *L.* 11. §. 1. *h. tit.* si conventus judicio reali juravit non solum rem actoris non esse, sed et suam esse. Mudæ. ad §. 11. *I. de act. n.* 6.

9) Sive universales sive singulares. Quia transit res cum suo onere ac caussa. Beust. in *L.* 9. §. *ultim ac* 2. *LL. seqq. n.* 1. Et ut præstatio juramenti ab auctore prodest successori ut *C. præced. N.* 2. ita et delatio, si ab adversario juratum, nocet. Extraneis autem, si qui titulum non habent a deferente, non item *L.* 11. *pr. hoc tit.* Duaren. *h. tit. in Prior. Com. Cap.* 23. Hinc DD. juramentum præstitum super uno correlativo extendi ad aliud. Caroc. *Q.* 1. *Quæstionis* 16. *Principalis n.* 8. Obi. At jusjurandum non debet proficere ei contra quem juratum est. Argum. *L.* 16. *de exc. rei jud. junct. L.* 8. verbis, *ad similitud. C. hoc tit. et similib.* Resp. Duaren. in *Post. Com. h. tit. Cap.* 6. Natura hujus actus exigit ut adversario quoque detur actio. Quia prætor tuetur jusjurandum, et habet pro veritate, tanquam verum sit id, de quo juratum est. Atqui si ex. gr. verum est, jurantem emisse rem centum aureis: prætium hoc venditori solvi debere consequitur. Neque hic agitur actione ordinaria jurejurando adversari probationem

a Titio centum. Si vere emisset: necesse esset etiam Titium illi vendidisse, ac Titio de pretio ex vendito teneretur. Placet et nunc illum ex vendito ita teneri. Juravit se societatem cum Titio fecisse. Eadem ratione et is pro socio a Titio poterit conveniri. *L. si duo*, §. *si quis juravit*, *hic*. Juravit se ob decem pignori dedisse fundum. Etiam in decem ultro ex iureiurando suo conveniri poterit, Juravit maritus rem sibi datam in dotem deferente ea, quæ uxor fuerat: hic quoque placet uxori utilem de dote actionem dari. *d. L. si duo*, §. *Marcellus*. Quippe hæc ita fierent, si et ille vere dedisset fundum ob dotem, et hic vere rem in dotem accepisset. Sed unde hæc actio ei qui non iuravit, si edicto non est proposita? Ac verbis non esse propositam constare potest, non ex eo solum, quod in §. *item si quis postulante*, *Inst. de act.* solum ita scriptum est, Prætorem ex iureiurando accommodasse actionem ei, qui postulante adversario iuravit; sed etiam quod hæc actio auctoritate tantum respondentium, et ratione æquitatis defenditur, idque ut in re dubia in *d. L. si duo*, §. *si quis*, *et* §. *Marcellus*. Quod non fit: nisi ubi verba edicti deficiunt. Sed sententia prætoris manifesta est, id agentis, ut iusiurandum iuranti servetur: quasi verum iurasset. *L.* 5. *L. nam postea*, §. 1. *hic*. Hæc sententia et ad deferentem pertinet. Nam si actor vere iuravit se a reo emisse, verum est reum illi vendidisse. Idemque de suprascriptis caussis similibus dicendum est. Nec dicet actor se sibi iurasse, non adversario. non enim potuit in rebus natura sua coniunctis iurare sibi, quin iuraret adversario. Præterea vult iusiurandum sibi adversus deferentem servari. Æquum est et adversus eum servari inter easdem personas: ut quod in alterius persona æquum esse credidit, id in sua quoque persona valere patiatur ex alia parte edicti. *L.* 1. *supr. quod quis jur.* Quid ergo, si ipse ex jurejurando nollet agere, an adversario jurejurando uti permittendum est? Puto non minus actionem ultro adversario dandam. Intellectum est enim inesse in hoc jurejurando non tantum religionem sed etiam conventionem, ob easque res jusjurandum inter litigatores servari placet. *L. sed etsi servus*, *L. qui jurasse*, §. *ult. hic*. Hæc [10] conventio cum pariter ad deferentem pertineat: quemadmodum ei nocet, sic et ubi conventio id dat, prodesse debet. † Actio ex jurejurando, quæ, qui- 7
bus detur, et adversus quos, dictum est. Videndum, quod quarto loco sequebatur, quandiu detur. Quod propter actiones temporales quærendum est, de quibus iusiurandum interponitur. Quid enim, si is qui mihi temporaria actione tenebatur, detulerit, ut iurem ex ea caussa mihi dari oportere: puta is cui redhibere poteram equum vitiosum, aut cum quo agere poteram, quanto minoris empturus essem. Egoque iuraverim? Etsi verum est, quod supra ostendimus, iureiurando contrahi, atque hinc nasci actionem ex contractu, ut verum est: *L. qui iurasse*, *in fin. hic. L.* 5. §. *si filiusfamilias*, *infr. de pec.* res est absoluta. Certi enim iuris est actiones ex contractu, nisi quid nominatim intra certum tempus propositæ sint, quia rei persecutionem continent, esse perpetuas. *L. in honorariis*, *infr. de obl. et act.* §. *sequens*, *Inst. de act.* Ex quo efficitur et hanc quæ ex iureiurando est, quacunque de re et actione iuratum sit, quia ex contractu nascitur, esse perpetuam. Hoc et traditum est in *L. nam postea*. §. *si is qui*, *hic*: sed alia ratione. Ait enim Ulpianus, si ex temporaria actione iuravero mihi dari oportere, reum qui detulit, tempore ei actioni præstituto ideo non liberari, quia post litem cum eo contestatam perpetuatur adversus eum obligatio: innuens id, quod pro confesso sumit, et verum est, iusiurandum vim habere iudicii et litis contestatæ. *d. L. qui iurasse*, *in fin. hic*, *L. sed etsi restituatur*, §. *ex quibus*, *supr. de iud.* Unde recte colligit, si judicio accipiendo perpetuatur obligatio: etiam iureiurando dato perpetuari. Vera est, et recta Ulpiani ratio: sed prior illa certior, et ad totam hanc quæstionem explicandum aptior. Nam et posterior hæc ex illa certior, et ad totam hanc quæstionem explicandam aptior. Nam et posterior hæc ex illa priore pendet, et ab illa certitudinem confirmationis accipit.

solum suppeditante, ut censet Ilico Ummius *Disp. Process.* 14 *n.* 31 *sub fin.* Sed immo huic actioni caussa ex jurejurando. Eaque non directa sed utilis *d. L.* 13 §. 5. Ex ea quidem ipsa caussa, super quam juratum est, verum ita, quomodo et ipse jurans ex eadem agit: ex. gr. uti ille ex empto utilem habet, ita hic ex vendito. Non obstat quod jurans aleri actionem acquirere nec voluit, nec potuit ceu extraneus. Nam. resp. facilis ex iis quæ hic Donell. et ex *d. L.* 13. §. 5. *in fin.*

10) Vid. Seraphin. *Priv. juram.* 51. Caroc. *Q.* 22. *principali n.* 2. *et* 3. Cautelam tradens ut ad hunc effectum in instrumenti fine adponatur delatio juramenti, ac referatur, quod debitor detulerit creditori jusjurandum isque sibi debere juraverit. Plane juramenti firmandæ conventioni adjecti hanc vim non esse monet, Covar. 1. *Var. Resol.* 9. *n.* 7.

Cur enim perpetuatur obligatio, lite contestata? nempe quia iudicio contrahitur: obligationes autem ex contractu perpetuæ *L.* 3. §. *idem scribit*, *infr. de pec.* Cur iusiurandum item litis contestatæ instar est? hac ipsa de caussa, quod et iureiurando contrahitur, similiter. *d. L.* 5. §. *si filiusfamilias*, *de pec.* unde et hinc actio nascitur ad similitudinem iudicati *L. actori*, *C. hoc tit.* Summa ergo hujus perpetuitatis ratio, ad quam semper referri oportet, in eo est, quod et iudicio, et iureiurando contrahitur: unde et actio in personam ex contractu, quam ex regulis iuris perpetuam esse necesse est. Hanc rationem hic adhiberi cum ad confirmationem et certitudinem superioris sententiæ utile est: tum ad dubitationes duas expediendas, quæ hic incidunt, præcipue expedit. Quæsitum est enim, an etsi extra iudicium de actione temporaria actor iuraverit, incipiat hinc quoque reus perpetuo teneri non minus, quam si re in iudicium deducta iurarit auctore iudice. Et quidam putant iudiciali tantum iuriiurando hoc tribuendum esse; extra iudiciali non item. Fortasse ideo, quia absurdum sit, iusiurandum hoc pro lite contestata cedere, ubi nemo iudex fuerit, apud quem posset lis contestari. Sed superiore ratione constituta, omnis dubitatio tollitur. Ut enim quis dicat iusiurandum, quod extra iudicium interpositum est, litis contestatæ instar esse non posse (quod tamen secus est: quoniam ut lite contestata acquiritur actori iudicati actio: sic iureiurando dato, actio in factum ad similitudinem iudicati. *L. actori C. eod.* de quo paulo post.) Verum ut quis putet hoc dici non posse: attamen hoc constat in jureiurando etiam extra iudicium interposito, præter religionem, etiam conventionem et quasi transactionem inesse, qua a lite discedatur, propter quæ etiam iusiurandum servetur. *L. qui iurasse*, *in fin. L. iusiurandum a debitore*, *hic.* Quinimo ex hoc uno iureiurando est illa actio in factum, quæ edicto proponitur. *L. in duobus*, §. *ult. hic*, atque hanc ex contractu esse constitit. Quod si est: non potest, quin actio ex hoc quoque iureiurando nata, quia ex contractu, est, sit et ipsa perpetua. Dubitatum est hic etiam de actione dolo, an si eum, qui mihi tenebatur hac actione, iuraverim mihi ex ea caussa dare oportere, is actione in factum deinceps mihi eo quoque nomine perpetuo teneatur; an vero intra biennium duntaxat, pro natura videlicet ejus actionis, quam placet intra biennium solum competere. *L. ult. C. de dol.* Si ad hanc rem expediendam utemur exemplo litis contestatæ, errorem non effugiemus. Sic enim in *d. L. ult.* constitutum est de actione de dolo, placere hanc ita intra biennium tantum competere, ut neque incipere possit post biennium, nec si ante biennium completum cœpta sit, possit post biennium finiri. Qua constitutione efficitur, lite de dolo contestata, si inter moras judicii biennium exierit, non solum amitti actionem veterem de dolo, sed nec litis contestatione ullam actionem novam actori acquiri, quæ non et ipsa biennio excludatur. Non enim aliter actio ante cœpta post biennium finiri non potest, ut illic cautum est, quam si post biennium extinguatur judicium ante cœptum, ut jam nec judicari res possit, nec judicati actio actori acquiri. Qua actione sublata, apparet nullam esse actionem novam ante quæsitam, quæ post biennium relinquatur. Itaque si hoc exemplum in jurejurando sequimur, dicendum erit, etsi ego de dolo agens juravi mihi dari oportere: tamen neque ipsam de dolo actionem perpetuari, neque novam ex jurejurando nasci, quæ producatur ultra biennium: quod posterius falsum est, ut mox liquebit. Contra si dicemus id quod res est, jurejurando statim contrahi, et hinc nasci actionem in factum velut ex contractu: convertetur ratio in contrarium, efficieturque hanc actionem non posse esse, nisi perpetuam, ut est ius actionum, quæ ex contractu nascuntur. Quæ et sententia vera est, tandiuque ex regulis communibus iuris retinendi quoad superior constitutio non obstabit. Ea vero non est contraria: ut quæ de actione de dolo tantum cavet, quam ultra biennium moveri, aut exerceri vetat. Hic autem agitur de actione, quæ vere est ex contractu, et eo contractu, qui sine ullo dolo malo actoris, volente et ultro deferente iusiurandum reo processerit. Cur ergo non similiter obligationem iudicati, quæ, lite de dolo contestata, nata est, perpetuam esse dicimus: cum fateamur iudicio contrahi non minus, eoque et actionem iudicati inde natam esse ex contractu? Quia non similiter litis contestatione contrahitur, ut iureiurando. Judicio contrahitur obligatio, sed iudicati. *d. L.* 3. §. *idem scribit*, *infr. de pec.* Ideo non contrahitur statim litis contestatione; sed sub conditione, ut præstet reus, si iudicatus erit. Proinde ubi res non iudicatur, ibi deficit conditio eius obligationis: qua ex re fit, ut nec obligatio ulla hic fuisse ex eventu intelligatur. Atqui hoc ita evenit in actione de dolo ex superiore consti-

sti-

stitutione, ut lite de dolo contestata, si biennium præterierit, nullum sit amplius iudicium, eoque nec possit intelligi res iudicata. Constitutum id quidem contra regulam communem omnium actionum, qua placet post litem contestatam perpetuari obligationem; sed tamen constitutum ita est in hac actione singulari quodam iure, ut actio hæc ex omnibus excipiatur. At ex iureiurando semel præstito statim nascitur obligatio: quia iam ante præcessit id factum, unde hæc obligatio oritur. Semel nata ex eventu actori auferri non potest. Ideo iusiurandum non tam liti contestatæ simile est, quam rei iam finitæ et iudicatæ. Nam et perinde habetur, quasi iudicatum esset. *L. sed si possessori*, §. *ult. hic.* Qua ratione etiam perspicue efficitur, actionem inde ortam esse perpetuam. Nam et in actione de dolo, si quis condemnatus esset intra biennium, nemo dubitaret, quin actio iudicati iam vere nata, esset perpetua. *L. mi-*
8 *les*, §. *ult. infr. de re iud.* † Restat vis huius actionis: de qua commode comprehensum videtur in *L. actori*, *C. eod.* cum in factum actio ex iureiurando dicitur competere ad [11] similitudinem iudicati. Re enim ipsa est huic plane similis. Re dico, non nomine: quoniam iudicati actio certo nomine appellatur; hæc in factum certum nomen non habet, ut ante ostendi: unde et dicitur in factum. Sed res, idest, vis utriusque est eadem. Quod ex iis rebus, in quibus hæc vis consistit, intelligetur. Consistit autem in duabus: in emolumento earum rerum, quas actione consequimur, et in certitudine atque exsecutione ipsius persecutionis: de quibus in iureiurando ius idem statuitur, quod in actione iudicati.
9 Ac primum de rebus quas consequimur actione in factum, ita definitum est in *L. sed si possessori*, §. *ult. hic*, si quis iuraverit hereditatem suam esse, id eum consequi debere, quod haberet, *si secundum eum de hereditate pronuntiatum esset.* Id in specie hereditatis exempli caussa dictum est, ut nihilominus in omnibus aliis caussis intelligi idem debeat. Nam et in aliis idem est iusiurandum, et alibi generaliter traditur iusiurandum instar iudicii habere. *L. qui iurasse*, §. *ult. hic.* Quid autem contineat hæc definitio, videamus. Et illud quidem certo efficit, consequi nos debere ex iureiurando res principales omnes, quas vetere et directa actione consequeremur, si constaret verum esse, quod iuravimus. Ut, si iuravi me rem emisse, agere possum, ut mihi omnia empti propria præstentur, idest, ut res vendita mihi tradatur, et mihi de evictione caveatur. *L. si duo*, §. *si quis iuraverit*, *hic.* Et in hereditatis petitione, si iuravi hereditatem esse meam, recte tecum agam et de his rebus, quas postea cœpisti possidere. Sic enim fieret, si hereditatem meam esse iudicatum esset. *L. sed si possessori*, §. *ult. hic. L. si a te*, *infr. de ex. rei iud.* Sed non hæc sola. Jureiurando dato præter res principales, quæ directa actione præstarentur, si vere iuratum esset: etiam actor consequi debet rei principalis, de qua iuratum est, accessiones, ut fructus fundi, animalium fœtus, ancillarum partus. *L. sed si possessori*, *vers. proinde*, *hic.* Loquitur quidem Ulpianus eo loco de eo, qui iuravit rem suam esse: ut videri possit propria ratione fieri quod fructus ex re percepti ei tribuantur: quia si vere dominus esset, hos consequeretur rei vindicatione; cæterum non idem dicendum esse, si quis in actione in personam iuraverit fundum ex stipulatu sibi deberi, quia si actione ex stipulatu directa ageret, fructus non venirent. *L. videamus*, §. *si actionem*, *infr. de usur.* Sed adiicit postea ibidem Ulpianus, quod ad omem caussam pertineat. Ait enim in fine ejus responsi: sed et partum editum fœtusque pecorum restituendos constat post iusiurandum delatum. Nempe hoc ad similitudinem iudicii et iudicati, cui iusiurandum comparari diximus. Nam et iudicio consequeremur non solum, quod principaliter petitum est, sed, omnem caussam. Hæc enim post litem contestatam præstanda est. In qua numerantur rei accessiones, et quodcunque habiturus esset actor, si tempore litis contestatæ res restituta esset. *L. præterea*, *supr. de rei vind. L. cum fundus sup. si cer. pet.* Et hoc est, cur referat dici, postquam iuratum est, consequi nos debere, quod haberemus, si de ea re secundum nos pronuntiatum esset: potius quam quod haberemus, si vetere actione ageremus, aut si vere iuratum esset: quoniam vetere actione postea agendo, etsi satis caussa probaretur; tamen non statim consequeremur fructus ante perceptos, sed eos qui post eam actionem motam perciperentur, qui tanquam caussa in judicium sequens venirent. *d. L. videamus*, §. *si actionem*

[11]) Ubi utilem actionem judicati exponit Vult. ad §. 11. *I. de act. n.* 2. *et* 3. Pac. 3. *Q.* 78. Borch. *h. Tr. C.* 8. *n.* 36. *et seqq.* Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. fin. P.* 5. 1. *n.* 12.

nem infr. de usur. Nunc autem huic in factum actioni vim iudicati tribui cum audimus, hoc intelligimus, exinde ex quo iuratum est, non solum rem ipsam de qua iuratum est, sed et accessiones omnes in præstationem venire: quia in iudicio idem fieret. † Hactenus tamen hac actione ex iureiurando consequimur idem quod consequeremur vetere actione, si de re iudicatum esset, ut excipiantur eæ actiones quæ inficiando crescunt: qualis est de damno dato ex lege Aquilia. Hoc genere actionis si iudicio agatur, dupli condemnatio est adversus inficiantem. *L. inde*, §. *hæc actio*, *supr. ad leg. Aquil.* ei autem qui iuravit sibi damnum datum esse ad certam summam, seu quid deberi ex ea caussa, placet simpli non dupli persecutionem acquiri. Hoc Paulus ex sententia Pedii disserit in *L. eum qui*, *in pr. hic.* Quod quia prioribus adversatur, et ei regulæ, quæ ipso etiam auctore in aliis actionibus omnibus recepta erat, ut qui scriberet iusiurandum instar iudicii habere: *L. qui iurasse*, §. *ult. hic* ne quid temere hic videretur dissentire, ideo eius sententiæ [12] rationem, eamque duplicem reddit. Una est, quod abunde sufficiat exonerare petitorem probandi necessitate: cum omissa hac parte edicti dupli actio integra maneat. Optima ratio: dum recte intelligatur. Significat autem non esse æquum, ut ex iureiurando agendo, plura commoda consequatur petitor, quam si directa actione uteretur. Porro legis Aquiliæ actione si experiatur: habet quidem hoc commodum, quod duplum consequitur; sed unum hoc commodum; nullum præterea. Nam pro eo oneratur necessitate probandi. At ex jurejurando agendo hac necessitate exoneratur, dum jusjurandum ita habetur, quasi satis probatum esset. Sit ergo hoc commodo exonerationis contentus, ac simplum tantum hac actione persequatur: ne si etiam duplum petere cœperit, duo commoda auferat, cum sit unum tantum in directa actione. Quod si malit onus probandi in se recipere, ut consequatur duplum: liberum ei est, nec quominus id faciat, superiore sententia impeditur. Cum, inquit, omissa hac parte edicti, sit ei integra dupli actio ex lege Aquilia. Neque enim iureiurando vetus actio, si qua competit, sublata est, sed potius iureiurando confirmata. Altera ratio est hæc: potest dici, inquit, hoc iudicio non principalem caussam exerceri, sed iusiurandum actoris conservari. Non minus hac ratione efficitur, quod vult, siquidem et ipsa recte percipiatur. Habet autem hanc sententiam: cum actione in factum ex iureiurando agitur, non aliud agi, quam ut iusiurandum conservetur. Proinde non debere hoc iudicio plus peti, quam quod in iusiurandum deductum est. Et vero plus peti est absurdum. Nam nec iudicio plus consequi possumus, quam in iudicium deductum erit. *L. ut fundus*, *supr. com. divid.* Cum autem iurat quis sibi ad decem damnum datum esse, non amplius complectitur iureiurando, quam decem. Ea propter nec amplius ex iureiurando consequi debet. At enim si principali actione legis Aquiliæ ageret, consequeretur duplum. Respondet Paulus hoc iudicio non principalem caussam exerceri, sed iusiurandum conservari: innuens, cum de iureiurando agatur, non quid in caussa principali fieret, esse spectandum, sed quid in actione de iureiurando. Quid est igitur, quod dicitur iusiurandum iudicii vim habere, tantumque nos ex iureiurando debere consequi, quantum si secundum nos pronuntiatum esset? Id sic accipi debet: dum cætera sint paria, idest, dum tantum deducatur in iusiurandum, quantum de ea re agendo in iudicium deduceretur. Quod contra fit, cum incidit ea actio, quæ inficiando crescit, de qua nunc agitur. Nam qui exempli gratia, damni ex lege Aquilia iudicio experitur, etiam duplum in iudicium deducit: cum hac actione in duplum agatur adversus inficiantem. *d. L. inde*, §. *hæc actio*, *supr. ad leg. Aquil.* Qui autem iusiurandum defert de damno dato, non ultra defert, quam ut iuret actor, quantum damni datum sit: eoque nec ille ultra ex conditione delata iurat. Proinde nec ultra simplum ex iureiurando potest persequi. Ut autem actione in factum ex iureiurando tantum consequi possumus, quantum haberemus, si directa actione actum, et secundum nos pronuntiatum esset: ita nihil consequimur amplius. Sed qua conditione et iure res habetur, de qua iuratum est, eadem [13] conditione et iure præstabitur, quasi et de eo iudicatum esset. Juravit quis usumfructum alicujus rei suum esse, vel sibi

12) Ita et Don. noster ad *L.* 8. *C. h. t. n.* 11. *ac seqq.* add. Duar. in *Prior. Comm. h. t. C.* 25. *et in Poster. C.* 6. *Caroc. Q.* 27. *principali n.* 2. Borch. *h. t. C.* 5. *n.* 18. Potest autem hic omitti actio ex jurejurando et ipsa: Atque experiri actor, ut suscepta et expedita probatione pœnam inficiationis consequatur *d. L.* 30. *pr.* verbis *cum omissa. etc.* Caroc. *d. loc. n.* 4. Quod explicat Borch. *d. C.* 5. *n.* 19. Unde Vulteii opinio, quod jurejurando creditoris prior obligatio extinguatur ut *supr. N.* 4. convellitur.

13) *L.* 30. §. *ult. h. t.* Et ita exceptiones quæ veniunt

sibi dari oportere, quatenus duraret actio, si vere usumfructum haberet, eatenus et ei competet; quibus vero casibus amitteretur, non competet. *L. sed si possessori*, §. *item si*, *hic*. Juravit usumfructum pecuniæ sibi legatum: poterit ex eo iureiurando petere usumfructum, sed oblata cautione *d. L. nam si*, §. *item.* ut fieret videlicet, si vere legatus esset, aut iudicio legatum esse constaret. *L.* 1. 2. 4. *L. si vini*, *supr. de us. car. rer. quæ us. con.* Juravit se creditori ob decem quæ ei debebat, dedisse fundum pignori. Repetet quidem fundum, ut si pignori dedisset; sed non alias, quam si decem solverit, quasi et de eo iudicatum esset, decem deberi creditori, et fundum ob hæc decem
11 teneri. *L. si duo*, §. *Marcellus hic.* † Illud hoc loco meminisse oportebit, sic nos effectum iudicati tribuere iuriiurando quatenus id agitur, ut ex utroque aliquid consequamur, quod ad nos redeat, eiusque rei acquiramus persecutionem. Sic enim traditur, posteaquam iuratum est, id nos consequi debere, quod haberemus, si secundum nos de ea re pronuntiatum esset. *L. sed si possessori*, §. *ult. hic*. Et hactenus recte hæc comparantur, iusiurandum, et res iudicata. Quod si extra emolumentum et persecutionem nostram aliquid sententia continet, [14] id non item iureiurando tribuitur: quale est, si quid pertineat ad condemnati pœnam, ut infamia. Hæc multis in caussis sententia irrogatur damnato; at non item ei adversus quem iisdem de rebus iuratum est. Exempli gratia, notatur infamia, qui me agente furti damnatus est *L.* 1. *supr. de his qui not. inf.* Eodem deferente, si iuraverim eum mihi furtum fecisse, non notabitur: quia nominatim edicto notatur, qui furti damnatus est. Verum est autem non esse damnatum eum, adversus quem nulla est sententia iudicis. *L.* 1. *infr. de re iud.* Denique dicitur in huiusmodi caussis sententia factum notare. *L. palam*, §. *pen. infr. de rit. nupt. L. infamem*, *infr. de pub. iud.* Sane si famoso iudicio instituto, iuraverim, deferente reo, et post iusiurandum is damnetur: famosum fieri placet. *L. nam postea*, §. *si damnetur*, *hic*. Sed ut prius damnetur ex famoso iudicio exigimus. Cur ergo ex iureiurando non obtinetur, ut reus fiat infamis, uti et cætera iudicati iuranti tribuuntur? Quia ut reus fiat infamis, nihil inde privatim ad nos redit. In iureiurando autem servando, nihil aliud spectatur, nisi ut conventio et transactio, quæ in eo inest, servetur. *L. sed etsi servus*, *L. qui iurasse*, §. *ult. hic.* unde solum actio actori, et exceptio reo edicto proposita est. *L. nam postea*, §. 1. *hic*. Sententiæ, præterquam quod suum privatis tribuunt, valent etiam ad delicta hominum coercenda, in hisque servandis publica utilitas versatur. *L. locatio*, §. *quod illicite*, *infr. de publican.* *L. servo*, §.
cum prætor, *infr. ad Treb.* † Certitudo 12
actionis [15] ex iureiurando eadem, quæ et iudicati. Ut enim post rem iudicatam nihil quæritur, nisi ad iudicatum sit, idque pro omni probatione est, unde et condemnato nihil restat ex edicto, nisi ut pecuniam solvat: L. *post rem*, L. 4. §. *ait*, *supr. de re jud.* ita iureiurando dato vel remisso, reus quidem acquirit exceptionem, actor autem actionem: quarum in utraque hoc solum quæritur, an alteruter iuraverit, vel cum iurare paratus esset, remissum sit ei iusiurandum. Et in summa post rem [16] iureiurando decisam similiter non aliud quæritur, quam an iuratum sit: remissa quæstione, an debeatur, quasi satis probatum sit

ex natura contractus de quo juratum est, non tolluntur per juramentum, veluti exceptio pretii non soluti, item quæ contra solidi petitionem, ut teneatur, quantum facere potest, Vid. Caroc. *Q.* 4. *quæstionis* 9. *principalis n.* 11. *et seqq.* Duar. in *Prior. Com. h. t. C.* 24.

14) Atqui post jusjurandum actio prior superest ut *sup. N.* 4. Ac certe *d.* §. 2. accipi aliter nequit, quam ubi in famoso judicio ideo damnatur, quod contra eum juratum est. Anne igitur ut Don. *infr. C.* 10. *sub fin.* differentia hic inter jusjurandum conventionale, ex quo si postea agatur, non infamis; et delatum in judicio. Verius puto quod infamis non fiat, lite sine condemnatione omni decisa. Duar. in *Post. Com. h. t. C* 6. *et* Borch. *C.* 5. *n.* 20. licet et hic contra Caroc. *Q.* 21. *principali.*

15) Quapropter ubi juratum esse constabat. Prætor actionem non dabat. Hot. *ad* §. *item si* 11. *I. de act.* sed ipse reum condemnabat, cum litis contestatio nulla fiat confitendo. Et ita Beust. *in L.* 9 §. *ult. et* 2. *LL. seqq. n.* 1. præter in factum et veterem actionem dari hic tertium remedium, officium, judicis, pro exsequenda sententia. Quod remedium tutius, cum non requirat novum judicium ac processum. Atque hoc est quod vulgo, Juramentum habere exsecutionem paratam, de quo vide Caroc. *Q.* 20. *principali*, Roder. Suarez. *in Lectura L. post rem* 56. *de re jud. Notabili* 2. Parlador. 2. *Rer. Quotid.* §. *fin. P.* 1. §. 3. Pac. 3. *Enant. Q.* 80. Gilken. *in L.* 8. *C. h. t. n.* 11. Gutierez. *de Juram. confirm. P.* 1. *C.* 62. Jacob. Schult. *Obs. Forensi* 3. *n.* 118. Coler. *de Process. exsecut. P.* 3. *Cap.* 2. *n.* 12., ubi, post alios quos refert, juramentum etiam extrajudiciale redactum in scriptis, et liquidæ probationis, modo ad delationem rei præstitum sit. (confer. *Not. supr. C.* 9. *N.* 4. *in fin.*) mereri paratam executionem non minus ac sententiam (etsi quoad hoc dissentit Suarez. *d. Notab.* 2. *n.* 8.) ac post Curtium testatur de communi. Quo et proclivior est Gilken. *d. loc.* quia *d. L.* 56. indistincte concæpta, sententiam tamen condemnatoriam, ast omissa alia inquisitione ac solemnitate, requiri statuit.

16) Caroc. *Q.* 1. *Quæstionis* 20. *principalis* Rod. Suar. *d. notab.* 2. *n.* 2. Ubi *n.* 3. uti sententia secunda non tenet contra primam, quia illa inducit notorium, ita nec, quæ contra jusjurandum tenere. Contra statuit Caroc. *Q.* 1. *Quæstionis* 12. *principalis.*

sit iureiurando. L. *nam postea*, §. 1. L. 5. §. *dato*, *hic*. *d*. L. *post rem*, *de re iud*. §. *item si quis postulante*, *Inst. de act.* Quæ res facit, ut ei, cum quo ex iureiurando in factum agitur, id solum relinquatur, quod iudicato: nempe ut quod si vere iuratum esset, deberet, id præstet. Hac lege tamen, ut si tempus ad solvendum petet, ei idem dari debeat, quod reis post condemnationem indultum est. Idem enim fieret, etsi quis edita sibi actione fateretur se debere, et tempus peteret ad pecuniam solvendam. *L. si debitori*, *supr. de iud.*

CAP. IX.

Jusjurandum nullo pretextu retractari posse, præterquam tribus in caussis. Tum de variis effectibus iurisiurandi

SUMMARIA.

1. *Jusiurandum retractari posse*, *si specialiter hoc lege excipiatur*, *idest*, *conventione delati iurisiurandi et exposita*. L. 1. C. eod.
2. *Posterius iusiurandum servandum facit*, *si est contrarium*, *ut prius non servetur*.
3. *Retractari iusiurandum posse ex caussa legati*.
4. *Jusiurandum non est transactio*, *et quid sit quod dicitur continere speciem transactionis*.
5. *Jusiurandum ratum esse*, *quisquis iuraverit etiamsi servus aut pupillus*.
6. *Quacunque de re*, *quacunque in caussa iuratum sit*, *ratum*.
7. *Nec periurii prætextu iusiurandum retractari posse*.
8. *Periurii pœna*: *et* L. 2. C. eod. *explicata*.
9. *Jurisiurandi effectus varii expositi*.
10. §. *Julianus*. L. si duo, hic, *explicatus*.

Postquam quibus modis servetur iusiurandum ex edicto, tenemus: reliquum est, ut sicut erat propositum, cognoscamus, quod ad omnem vim iurisiurandi in commune pertineat, an his modis servetur sine exceptione: idest, an ita ratum sit iusiurandum extra iudicium interpositum, ut nullo modo possit infirmari, aut retractari: tum qualia sint ea, quæ præter ea quæ diximus, de vi iurisiurandi hoc titulo tradita legimus. Et cum certæ sint conditiones edicto comprehensæ, sub quibus prætor exceptionem aut actionem pollicetur: apparet, dum hæ concurrant, iusiurandum sine alia conditione aut exceptione a prætore servari. Quod confirmans Ulpianus de sententia edicti in universum ita definit in *L*. 5. *hic*. omne omnino licitum iusiurandum, per quod voluit quis (intellige, qui iure velle potuit) sibi iurari, idoneum esse, et si ex eo fuerit iuratum, esse servandum. Cui consequens est, quod de retractatione quærimus, quodque alibi traditum est apertius, ut caussa iureiurando decisa [1] non possit retractari. *L.* 1. *C. eod. L. admonendi*, *in fin. hic*. Sed tamen neque hoc perpetuum est, et multæ caussæ incidunt, propter quas videatur retractari posse: ut vel utroque hoc nomine nobis superior constitutio separatim fuerit attingenda. Jusiurandum non semper ratum est, sed et id quandoque licet retractare. Ut liceat, tria faciunt: alias conventio et lex iurisiurandi delati; alias posterius iusiurandum inter easdem personas de eadem re interpositum; interdum et caussa, de qua iuratum est. † Conventio [2] delati iurisiuran- 1
di id præstat, cum hac lege iusiurandum de-

1) Qua de re tractant. Duar. in *Prior. Comm. hoc. tit. Cap.* 27. Caroc. de *Juram. lit. Decis. Quæst.* 2. 3. et 4. *Quæstionis* 9. *principalis et Quæst.* 10. *principali* Coras. in *dict. L. admonendi* 31. *P.* 2. *n.* 45. *et seq.* Beust. *ibid. n.* 124. *ac seqq.* Tiraq. de *Retr. lignag.* §. 4. *gl.* 1. Reusner. *Lib.* 3. *Decis.* 1. A. Fab. 19. *Err. Prag* 5. Convenit *Nov. Elect. Sax.* 15. *P.* 1. ubi Moller. Quare nec ei qui detulit, appellatio a sententia juxta jurantem pronunciata *L.* 12. §. 3. *C. h. t.* ubi ratio. Quod item et in referente obtinet. Nam et is defert. Vid. *supr. Civil. Commentar. C.* 3. *N.* 5. Atque ita jus in jurejurando ab adversario delato. Aliud in necessario, ut *infr. Cap.* 11. *N.* 28. Aliud in delato auctoritate legis statuti, caventis forte ut in caussis damni dati stetur juramento damnum passi. Hic enim recipitur probatio contraria Tiraq. de *Retr. lignag.* §. 4. *gl.* 1. *n.* 1. *et seqq.* Caroc. *Q.* 4. *Quæstionis* 9. *principalis n.* 9. *et* 10 *et Decis.* 12 Seraphin. *Priv. Juram.* 192. *n.* 15. *et seqq.* Caussa jurejurando antea decisa si ex rescripto principis alteri commissa, rejici exceptionem jurisjurandi ac cognosci de veritate, ut commissio aliquid operetur, ex Alc. *Cons.* 301. refert Meno. 1. *Arbitr. Q.* 50. *n.* 4. qui hujus decisionem inde pendere recte censet, an principi tollere jus quæsitum liceat.

2) Eodem modo Donell. add. *L.* 1. *C. hoc tit. n.* 18. *et seq. et ad* §. 11. *I. de act. n.* 4. Cui convenit Seraphin. *Privil. Iuram.* 102. *n.* 27. Et faciunt huc quæ tradunt Rainal. Cors. 1. *Indag.* 9. *et* Fortun. Garcia ad *L.* 7. §. *quinimo* 5. *D. de pact. n.* 31. *p. m.* 590. Delrio ad *L. contractus* 23. *de R. I. Cap.* 19. *toto* ubi cur et quomodo conventiones leges dicantur. Atque ita vocula *lege* sumpta pro conventione jungitur excipiendi verbo in *L.* 77. *de contr. empt.* Forsan tamen verius extrema illa verba *d. L.* 1. non esse auctoris Antonini, sed a Triboniano adjecta, respiciente ad *L. ult. C. h. tit.* Cuiac. 13. *Obs.* 35. *in fin.* Hot. 6. *Obs.* 26. Borch. de *Iurei. Cap.* 8. *n.* 50. ac Ant. Fab. 19. *Prag.* 5. *in fin.* Quomodo et Duar. in *Pact. Com. Cap.* 7. ac Caroc. *Q.* 2. *Quæstionis* 9. *principalis n.* 9. verba illa accipiunt.

delatum est, ut si pareret iurantem peierasse, retractandi iurisiurandi potestas esset. Sic interpretor *L.* 1. *C. eod.* ubi cum dictum esset caussam iureiurando decisam nec periurii prætextu retractari posse, additur hæc exceptio, *nisi specialiter hoc lege excipiatur.* Hic magno consensu legem interpretantur omnes constitutionem: ut sit sensus, non retractari iusiurandum, nisi hoc excipiatur specialiter aliqua constitutione. Quod defendi in eo rescripto non potest, sive constitutionem eiusmodi aliquam præsentem intelligas, sive futuram. Id enim est Antonini Imperatoris. Legem præsentem sine dubio non intelligit. Primum quia eius temporibus nulla lex fuit, quæ concederet iusiurandum retractare, ut paulo post ostendemus, apparetque ex *L. admonendi*, *in fi. hic.* Deinde quia si esset aliqua eiusmodi, dicere debuit esse aliquam, et simul quænam esset, et qua de re, exprimere. De his enim quærebat consultor, atque in his de iure suo certus dimitti postulabat. Quare et de his respondere debuit Antoninus: quod ni faceret, nihil plane ad quæstionem responderet. Atqui de his nihil respondet, si dicit iusiurandum retractari non posse, nisi constitutione aliqua excipiatur, ut liceat. Hac enim conditione non affirmat esse aliquam; cum conditio nihil ponat. *L. si quis sub*, *infr. si quis omis. cau. test.* Tantum significat, si sit aliqua, secundum eam iusiurandum posse retractari. At de eo nec quærebatur, nec quisquam etiam dubitabat. Certi enim iuris est, ut iusiurandum servatur legibus: sic et legibus contrariis effici posse, ne servetur. *L. de quibus*, *in fi. supr. de legib.* Ita fieret ex hac interpretatione bis stultum rescriptum: et quod omitteret id, de quo consultatio erat; et quod de aliis respondens, hoc amplius rem minime dubiam diceret. Legem autem futuram multo minus intelligit Antoninus. Etsi enim potuit post eius illud rescriptum aliqua constitutio incidere; tamen id futurum esse divinare non potuit. Atque ut posset, quod ad rem pertineret de lege futura respondere? Quærebat enim consultor sine dubio de iure suo præsente; quid autem postea futurum esset, neque quærebat, neque etiam laborabat, quia eius nihil interesset. Quin etiam quæri stultum putaret, quod intelligeret explicari non posse. Restat igitur id, quod est in significatione verbi proximum, ut legem accipiamus hoc loco pactum et conventionem delati iurisiurandi: quo modo legis verbum, item verba illa, *in lege*, a veteribus usurpari solent. *L. in lege*, *L. fistulas*, *infr. de contr. empt. L. legem*, *C. de pact.* et innumeris locis similibus. Ut sit sententia: caussam iureiurando decisam nec periurii prætextu retractari posse: nisi hoc, nempe ut retractare liceat, specialiter et nominatim excipiatur *lege*, id est, pacto et conventione iurisiurandi delati: id est, nisi delatum sit iusiurandum hac conventione, ut si postea probaretur adversarium peierasse, liceret caussam retractare. Si quæritur, quam recte hoc excipiatur, in promptu est. Nam et iusiurandum, et huius retractatio est de re privata: ac de re privata quodcunque pactum ad defensionem iuris nostri interpositum ex alia parte edicti servandum est. *L. iuris*, §. *sed cum nulla*, §. *ait*, §. *si paciscar*, *supr. de pact.* neque hoc quidquam æquius, cum id agatur, ut fides servetur. *L.* 1. *eod.* Sed an non adversetur exceptio huic edicto, dubitari potest. Generaliter enim prætor, et sine exceptione, si conditione delata iuratum sit, reo exceptionem, actori actionem pollicetur. Et est omnino contra verba hæc [3] exceptio: alioqui ne exceptio quidem esset. Sed est ex prætoris et edicti sententia: ut proinde videri debeat etiam ex edicto. *L. nominis*, §. 1. *infr. de verb. sig.* Vult enim prætor servari iusiurandum. At quamobrem? Propter religionem quidem; sed maxime propter conventionem et transactionem: proficisciturque omnino ex conventione, ut veteres tradiderunt. *L.* 2. *L. sed etsi servus*, *L. qui iurasse*, §. *ult. hic.* nec temere tradiderunt. Apparet enim servari ex edicto propter conditionem delatam. Hæc cum defertur, et ex conditione delata iuratur ab adversario eo animo, ut per hoc a lite discedatur, habet ea res manifestam conventionem, et in conventione speciem transactionis. Est autem absurdum, et plane contra mentem prætoris, quod ipso auctore non nisi ex conventione valeat, id tueri contra conventionem. Sed si iam olim etiam temporibus Antonini recepta fuit hæc exceptio; an non male Ulpianus, qui vixit postea, definivit hoc modo sine exceptione, omne omnino licitum iusiurandum esse servandum? in *L.* 5. *hic.* Minime: addidit enim iusiurandum, per quod voluit quis sibi iurari: qua adiectione etiam superiorem conventionem excepit. Qui enim ita detulit iusiurandum, ut vellet id non servari.

3) Et hic si se reus tueatur exceptione jurisjurandi, ea replicatione pacti. Don. ad *d. L.* 1. *n.* 20. *in fin*

vari, si postea de periurio constaret, aperte per eiusmodi iusiurandum sibi iurari noluit. Nec minus hanc exceptionem admittunt illæ sententiæ veterum; quantumvis, ut videntur, generales: si iureiurando inter litigatores transactum sit negotium, non concedi eandem caussam retractare: *L. admonendi*, *in fi. hic.* Item, post rem iureiurando decisam nihil amplius quæri. *L. post rem*, *infr. de re iud.* Jureiurando enim hac lege delato, ut de periurio quæri liceat, recte dicetur non esse omnino transactum negotium hoc iureiurando: non esse
2 litem iureiurando plane decisam. † Posterius iusiurandum inter eosdem interpositum facit, ut prius iuranti non prosit, cum ambo litigatores de eadem re diversis temporibus, invicem altero deferente, contraria iurarunt. Finge reum extra iudicium actore inferente iurasse se dare non oportere; deinde actorem, reo deferente, dari sibi oportere, vel contra. Placuit posteriorem caussam iurisiurandi potiorem habendam. *L. in duobus*, *§. ult. hic.* quo declaratur simul ei qui prius iuravit, iusiurandum non servari. Hanc exceptionem necessitas peperit, et sententia edicti. Utrumque iusiurandum auctori suo servandum esset, si posset. Sed quoniam non potest simul servari utrumque, res cogit, ut aut neutrum servetur, aut servetur alterum dumtaxat. Neutrum servari est contra edictum. Alterum igitur servandum. Sed cur placet potius servari posterius? Quia et in pactis novissima servari placet, quoniam inter contrahentes, id actum est. *L. pacta novissima*, *C. de pact.* Jusiurandum autem inter litigatores valet et ipsum ex conventione. *L. qui iurasse*, *§. ult. hic.* Addit Paulus in *d. L. in duobus*, *§. ult.* nec tamen præiudicium periurio alterius fiet: quia non quæretur, an dare eum oporteat, sed an actor iuraverit. Occupatio est adversus tacitam obiectionem huiusmodi. Diceret enim aliquis nec posterius iusiurandum hic servandum, quoniam ius vetat quæri de periurio eius, qui iuravit: *L. quod si*, *supr. de dol. L. post rem*, *infr. de re iud.* multo ergo magis et de periurio iudicari, idest, præiudicium fieri, quod iuranti noceat. Non licet igitur hic quæri de periurio eius, qui prius iuravit. Concedit Paulus: sed in proposito id metuendum esse negat, quamvis posterius iusiurandum servetur: quia id ita servatur, ut de iureiurando prioris nec quæratur, nec iudicetur; sed quæratur solum, [4] an posterior iuraverit. Solum hoc, inquam, an iurarit; non autem an iurarit vere an falso. Potuit autem ipse falso iurare, ut potius ipse peieraret, quam prior. Sed enim Ulpianus generaliter ita definit, omni omnino licitum iusiurandum, per quod voluit quis sibi iurari, esse servandum. *L. 5. in pr. hic.* quæ definitio facere videtur, ut priori quoque adversus posteriorem servandum sit. Sed definitio quantumvis generalis sic accipienda est, ut servandum sit volenti in eo perseverare. Recessit autem ab eo prior, qui adversario detulit, ut contrarium iuraret. † Ex caussa iusiurandum 3
retractari potest in caussa legati et fideicommissi. Hanc enim ex omnibus excepit Justinianus in *L. ult. C. eod.* de qua ita constituit, ut si quis deferente herede iuraverit sibi quid relictum esse testamento, quod latebat, ac probetur postea id relictum non esse, ius sit heredi quod dedit, repetere, contempto iureiurando: addita hac ratione, *ne legatario ex huiusmodi periurio lucrum accedat*; et in extremo: *ne cui ex delicto impium sibi lucrum adferre concedatur.* Atqui ex cæteris caussis non minus et delicto et periurio iniquum lucrum facit, qui peierat, si de periurio eius queri non licet. Ideo [5] certior huius differentiæ ratio vulgo quæsita est, et hæc redditur, quod iusiurandum speciem transactionis contineat: *L. 2. hic.* De his autem controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, placeat transigi non posse nisi inspectis et cognitis verbis testamenti. *L. de his*, *supr. de transact.* Sed si hæc ratio foret: nihil opus fuerat in iure certo Justiniani constitutione: quæ tamen una est ex decisionibus Justiniani edita cum reliquis ad ius novum inducendum, vel dubium confirmandum. † 4
Et certe iusiurandum ut distinguitur nomine et titulis a transactione: sic re vera transactio non est. Tsansactione enim de lite deciditur, idest, ita disceditur a lite, ut neque actor totum remittat, quod petit, neque etiam totum accipiat. *L. transactio nullo*

4) Non posterioris caussa potior quod vere, sed quod posterius juraverit, Duar. *in Prior. Comm. h. t. C.* 22. Et alias quoque secunda dispositio jurata prævalet priori æque juratæ, nisi prius juramentum principaliter præstitum in favorem alterius. Joan. Gutierrez. de *Juram. cofirmator. P.* 1. *C. ult. n.* 3.

5) Sich. Duar. in *Prior. comm. ad h. t. C.* 27. ac Sich. ad 3. *L. ult. n.* 2. Fachin. 1. *Con.* 23. *in fin.* Borch. *C.* 1. *n.* 31. Et impugnationem Donelli impugnat Gilken. ad *d. L. ult. n.* 3. quia sæpe ad tollendam dubitationem ex re non probe percepta ortam, novæ constitutiones late *L. ult. C. de ind. vid. toll.* Nec immerito hic Justinianus definivit an par jurisjurandi in proposito atque transactionis jus sit. Verum et istam rationem recte refellit A. Fab. 10. *Err. Pag.* 5. quia *d. L. ult.* non negat quin jusjurandum super legato initio valeat, priusquam de perjurio constat. Transactio autem plane non tenet.

nullo dato, *C. de trans.* At iureiurando sic lis deciditur, ut si actor iurat, totum accipiat, quod petit, si reus, totum ei remittatur. Unde in *d. L. 2. hic*, non dicitur 6 iusiurandum species esse transactionis, sed transactionis speciem continere, idest, similitudinem et instar transactionis in se habere: quia scilicet consensu a lite disceditur in iureiurando similiter, ut in transactione: et actenus iusiurandum transactioni simile est, ac transactionis vim habet. Non est necesse 7 aliam rationem quærere, si

6) Ita Duar. ad *tit. D. de Rec. Arb. f.* 149. *col* 2. sicut Cicero dicit, speciem regulæ habet ac Cattellia. Cotta in *Memorab. v. Juramentum.* Forcat. *Dial.* 46. *n.* 3. Licet si transactio latius accipiatur *d. L.* 2. pro decisione ac terminatione, controversiæ, species proprie accipi possit, ut notavi *supr. Civil. Commentar. Lib.* 17. *Cap. ult. N.* 10.

7) Ita et Donel. *ad d. L. ultim. n.* 4. Ac jus hic singulare cum eo agnoscunt Duar. *in. Prior. Comm. h. titul. Cap.* 27. *et in Poster. Cap.* 7. *fol.* 871. Bronch. 2. *Ax.* 26. Seraphin. *Privil. Jurament.* 102. *n.* 10. (ubi *n.* 12. *et seq.* nec si evidenter ac manifeste pejeratum constet, rem decisam retractari) et DD. Comm. Contra tamen Gilken. *ad. d. L. ult. n.* 4. qui evidentiam rei quæ oculis obversetur, et monumentorum horum incorruptam fidem caussam decisioni huic dedisse, non autem favorem ultimorum elogiorum, cum quisque iuri suo recte renunciet *L. penult. Cod. de pact.* Et Caroc. *Q.* 2. *Quæstionis.* 9. *Principalis n.* 9. idem in similibus obtinere, cum per meram inspectionem evidentis scripturæ peieratio liquido apparet. Quia ait, *d. L. ult.* non innititur favori testamenti, sed quia *manifestum esset factum.* Quare et alia caussa jurejurando decisa retractatur per scripturam authenticam, ut si jurasti tibi 100. debita, et contra patet ex chirographo. Convenit Ant. Fab. 19. *Error. Pag.* 5. qui ita: Nihil hic speciale, nec ratio in favore ultimarum voluntatum. Sed ratio Imp. generalis *d. L. ult.* Retractationi itaque locus, quoties ex sola instrumenti unius editione apertissime liquet de perjurio: Seu si tota perjurii probatio novorum instrumentorum fide concludatur. Ex gratia Petii 100. jurasti tibi non fuisse credita: Postea repertum chirographum. Perjurium evidens. Quod si jurasses te non debere, aliud foret. Quia Chirographum non probat te nunc debere, sed debuisse. Potest autem esse quod solveris. Quare hic spectanda Judici conceptio jurisjurandi, ut sciat an super tota caussa debiti juratum sit *L.* 13. §. 2. *et* 3. *L.* 28. §. 2. *et* §. 8. *L.* 36. *L.* 40. *h. tit.* Neque resistit comparatio transactionis ac rei judicatæ. Quia immo adhuc plus tribuitur jurijurando. Quivis enim dolus justa caussa rescindendæ transactionis. Hic autem non ob quemlibet dolum de perjurio quæri potest. Et adversus rem judicatam quoque restitutio ex caussa datur propter nova instrumenta non solum in negotio Reip. *L.* 35. *de re jud.* aut pupilli *L.* 3. *C. de jure Reip.* sed et inter privatos. Et sine instrumento si dolo circumventa judicantis religio *L.* 33. *de re jud. L. si prætor*, 75. *vers.* Marc. *notat. de jud.* Ita Ant. Fab. volens nihil hic proprium jurijurando necessario esse. Cumque ei obsistat *L.* 31. *D. hoc tit.* eam *a vers. sed hæ const. usque ad finem*, Triboniano adsignat (1) quia verba *videntur locum habere*, arguant, Constitutiones indistincte loqui de caussa jurejurando decisa: proinde ad unam speciem necessarii juramenti non coangustandæ (2) Quia Cajus non ita dubie scripsisset, *videntur* sed certiore juris scientia *locum habent* (3) Quia verba, *cum a judice quis absolutus*, inepta, si de jurejurando solum necessario Constitutiones locutæ; tum quia et post judiciale juramentum delatum jurans absolvitur; tum quia et actori deferri potest necessarium. (4) *Vers. quod si alias*, non exprimit de quo jurejurando sentiat. Nam in judiciali, etsi pariter transactum dicatur, non tamen inter litigantes, sed auctoritate judicis. (5) Quia *retractare caussam* inelegans locutio. Cajus dixisset, *ex integro agere.* Ita Faber refricata quasi in pluribus Chistophori Castellionei doctrina quam refert; et ab omnibus improbari memorat Coras. *in d. L. admonendi P.* 2. *n.* 11. ipseque haud multum ab ea abludens. Ast scire equidem velim qua re quave ratione impulsum Tribonianum tantum verborum adfuisse in *d. L.* 31. putet Faber. An non si Constitutiones Principum generales fuissent, quasque ipse de necessario solum juramento intellectas vel ad id restrictas voluit, id alio modo efficere licuisset, nova constitutione promulgata Principis sui nomine. Quam vero insectandi studio in præceps fuit Faber (1) v. *videntur*, modestiæ est. Vid. Gœd. *ad L.* 12. *de V. S. n.* 8. *in fin.* Borch. *h. t. C.* 8. *n.* 58. eoque usitatissimum Consultis *locis infinitis ferme.* (2) Constitutiones de necessario solum jurejurando locutæ. Ast hoc dubium erat, anne ad alias species protrahendæ, anne in iisdem eadem ratio. (3) Absolutionem exempli caussa ponit, Cajus, quia crebrius est hoc jusjurandum reo deferri ut *infr. C.* 11. *N.* 22. (4) Planumque est *d. vers. quod si alias*, ad jusjurandum quoque judiciale pertinere, tum quia in eo oppositio jurisjurandi exacti a judice et quo transigitur, tum quia in judiciali ipsæ vere partes transigere videntur, ut probat *L.* 21. *de dolo* num nulla deferendi necessitas sit, etc. (5) Denique *retractare* cur vox illatina, cum ipse Cic. 13. *Epist. ad Attic. Ep.* 25. retractationem dixerit. Et ita in *L.* 1. §. 1 *Ne de statu* defunc. *status non retractandus.* Ac *retractare sententiam* Imp. Gordian. ICtis fere coævus dixit *L.* 1. *C. Sent. rescindi* ac Imp. Alexand. *retractare contractum L.* 4. *Cod. de usucap. pro empt.* Sed et in ipsa principali opinatione Fabri non levia incommoda. Neque ille vim argumentationis a sententia et transactione ductæ recte diluit, apteve retorquet. Generale enim et regulare est, quod neque sententia neque transactio per nova instrumenta retractetur, etsi exinde injustam sententiam esse, vel inique transactum appareat. Et quod de republ. et pupillo statutum et *supr. dd. LL.* eo ipso constat jus singulare esse. Quorsum enim illis speciatim tribueretur, si in aliis idem jus esset. Quod vero sententia ex falsa caussa, falsis instrumentis vel allegationibus lata, rescissioni obnoxia *d. L.* 33. *d. L.* 75. id huc haud rite, sed perperam applicatur. Quippe hoc largiendum et ex falso jurejurando latam sententiam rescindi, quoties scilicet juxta aliquem judicatum, quia et quasi juraverit, quem postea apparet nec jurasse unquam. Sic enim solum, non aliter vera est collatio. Falsa caussa, instrumentum, allegatio, non est caussa, etc. *L.* 221. *de V. S.* Jusjurandum quo sciens fallit et pejerat, non minus est jusjurandum. Siquidem nec de substantia sacramenti est veritas assertionis, sed obtestatio divina. Etsi pæjerans non verum jurat, non minus tamen jurat, quia licet falsum sit, de quo juravit, tamen verum est, eum jurasse, neque de facto solum, sed et si jus spectamus quod hoc jusjurandum tuetur *L.* 5. §. 2. *hoc tit. L.* 21. *de dolo.* Nec pejerato concinne dicetur *falsum jusjurandum* ita ut falsus tutor, falsum instrumentum. Nam quod falsum est, perinde habetur ac si non sit, nullumque penitus iuramenti habet effectum. Contra falsum jusjurandum; et rectius dici aliquando poterit, etsi verum sit id de quo juratum est, ut si improbatæ religionis *L.* 5. §. *pen. h. t.* quod non ex conditione delata præstitum, ut per præc. capita. Sicuti et falsus tutor non minus, etsi utiliter forsan administret. Paucis. Verum esse potest jusjurandum (eo nempe modo ut exsposui) etsi non verum sit id de quo juratum est; et contra falsum aut nullum jusjurandum, etsi verum sit id de quo juratum est. Sicuti in simili. Vera sententia, etsi contra jus partis lata, reum inique condemnet. Contra falsa sententia, quæ non rite et juxta ordinem judiciorum lata, etsi condemnationem habeat non iniquam. Enimvero et ea quæ *infr. N.* 10. et in his maxime *d. L.* 21. *de dolo*, opinionem Fabri penitus convellit. Dicitur enim aperte, si ex delatione juratum, *perjurio adprobato* indistincte, quocunque modo, *stari religioni debere.* Nec Labeo notatur illic, quod ad perjurium quaslibet probationes, etiam per testes reciperet, ut A. Fab. vult, sed quod omnino aliquam, cum nulla sit recipienda. Denique *d. L. ult. C. h. tit.* non ad facti speciem propositam rescripta, sed generalis ad præfectum pretorio. Valeat itaque hic ratio ea qua in simili utitur A. Fab. 7. *Cons.* 14. Quin quod in hac ipsa legati caussa *dubitatum* dicit Justinianus, inde manifestæ falsitatis convincitur quod Faber contendit, constitutiones Principum *de quibus d. L.* 31. *D. h. t.* ad jusjurandum quoque judiciale et voluntarium pertinuisse. Nam

si quæ a Justiniano reddita est, sufficit. Et vero aliam quærendo, hoc ipso maxime declaramus, non sufficere, nec esse idoneam: quod secus est, si recte expendatur. Non enim dicit Justinianus se improbare iusiurandum in hac specie, ne legatario lucrum ex periurio accedat: quæ ratio ad cæteras quoque caussas, in quibus quis peierasset, pertineret; sed ne accedat lucrum *ex huiusmodi periurio*. Cuiusmodi autem? nempe quo iuratur adversus iudicium et voluntatem defuncti. Ex quo apparet Justinianum hic statuere, quod sit proprium huius caussæ, nec ad alias possit referri: neque enim aliis in caussis qui iurant, iudicium supremum defuncti ementiuntur. Cur autem hic potius iusiurandum improbetur, si quis amplius quærat, addenda erit ratio posterior, quæ rem magis explicat: ne, inquit, ex delicto impium lucrum sibi legatarius afferat. Non dixit, ne lucrum, sed ne impium lucrum: significans impium lucrum esse, quod hic proponitur, et ob id improbandum. Recte impium duabus de caussis; primum quia ex periurio: deinde quia pium et humanum est, atque adeo Reipublicæ interest, supremas testantium voluntates servari. *L. 1. C. de sac. ecc. L. vel negare, infr. quem. test. ap.* Adversus quæ fieri manifestum est, si quis tanquam ex suprema voluntate defuncti sibi defendat, quod ille datum minime voluit, improbo præsertim et periuro. Ita in cæteris caussis iusiurandum servatur adversus deferentem, quia illius solum res agitur, potuit autem iuris sui persecutionem deteriorem constituere, ut voluit. *L. pactum, supr. de pact.* Hic non servatur, quia magis defuncti ratio habetur, is autem non detulit.

His acceptis, manet ius edicto constitutum, iureiurando standum esse, sive reus sive actor adversario deferente iuraverit. Sed tamen quædam res afferunt dubitationem, ut quamvis nihil hic ob eas res mutetur: tamen ne quis putet mutari, et in eo labatur, earum rerum dubitationi occurrendum sit, ut et a iuris auctoribus diligenter factum videmus. Nascitur autem dubitatio aut ex persona iurantis, aut ex re, de qua iuratur, aut ex delicto et periurio ipso iurantis. De persona deferentis ideo hic non quæritur, quia ante effectum est ex edicto, non aliter ratum esse iusiurandum, quam si is detulerit, qui et deferre potuit. Neque vero omnes deferre possunt, ut in deferentis persona multum intersit, quis deferat: de quo ante suo loco diximus. Nunc quærimus de his: quæ iure nihil obstent iureiurando: iusta tamen aliqua de caussa videri possint obstare: cuiusmodi sunt tria illa quæ proposuimus. † Quæro igitur, ni- 5
hil ne referat, quis iurarit. Quid enim, si servus iuravit se aut dominum non debere? Servi quod ad ius civile attinet, pro nullis habentur. *L. quod attinet, infr. de reg. iur.* præterea iusiurandum instar iudicii obtinet. *L. qui iurasse, §. ult. hic.* Cum servis autem iudicium consistere non potest. *L. servus, C. de iud.* Quid, si mulieri iusiurandum delatum erit? Quid, si pupillo? Constat istos non æque rem intelligere, ut alios, nec ita posse liquido de re affirmare. Et traditum est nihil[8] referre, quis iuraverit: servus, an liber; mas, an fœmina; pupillus, an maior annis. Sibi enim imputare debere eum, qui detulit: æquum esse servari iusiurandum adversus eum, qui eo, cum deferret, contentus fuit.

L.

si ita esset, non modo in legati, sed nec in alia caussa dubitari sine sacrilegii reatu potuisset *L. 3. C. de crim. sacr.* Cæterum in ipsa quoque legati caussa, necesse est ut ex ipsis tabulis de perjurio constet. Nec per testes id probari poterit. Quid enim si alio testamento sit relictum? quid si cum legatum id relinqueretur, non attenderint testes, aut id memoria non hæserit. Don. ad *d. L. ult. n.* 6. *et* Gilk. *n.* 5. Nam et testibus hinc inde conquisitis, pretiove conductis, perjurii probationem comminisci, et probi fortassis viri religionem perstringere heres posset, ut hoc recte A. Fab. *d. Err.* 5. Plane si confessio jurantis decisionem sequuta, post alios Jason in *L.* 13. *h. tit. n.* 7. eam ipsi obesse, ac prodesse adversario voluit, ceu refert Moll. ad *Nov. Elect. Sax.* 15. *P.* 1. *n.* 5. (add. Caroc. *Q.* 5. 10. *Quæst. princ.*) Qui licet hoc apud nos vix admitti putet, si tamen in ea persistat, nec errorem aliudve alleget, ratio omnino facit ne a Judice audiatur, quippe propriæ turpitudinis assertor. Pone: Jurasti, me deferente, te mihi nihil debere. Conventus producto chirographo tuo excipis. Fateor me debere, me injuste jurasse, quia tamen juravi, absolvi debeo. Quis æquus Judex de malitia tam aperte confessum absolvet? Alia longe ratio confessionis præcedentis ipso chirographo contentæ. Potest enim esse ut confictum id sit, ut simulate contractum sit, utve spe recipiendæ pecuniæ istud datum. Neque tamen quidquam tale probari a reo qui juravit, oportet, sed satis religione jurisjurandi se tuetur, quod pro veritate habetur, sicut et sententia. Ac licet alias ex chirographo probatio sumatur, tamen illa fortior habetur religio, et quæ inde præsumptio juris et de jure omni probatione contraria superior. Recteque hic dicet reus: juravi et certus sum me verum jurasse. Tu contra contendis, sed malitiose. Audiri non debes. Chirographo niteris. Sed id meum non esse, falsum confictum esse probari posset, si oporteret. Ast nunc eo confugere nihil attinet quia sine eo satis me jus, satis me jurisjurandi religio tuetur. Pejerasse me dicis Calumnia hæc est. Probare vis. Molestiam mihi creare, judicium extrahere, famam inquinare præsumis. Improbus es, qui caussam fidei meæ et religioni antea commissam retractare intendis. Si tibi suspecta fides mea, nec deferre jurandi conditionem debuisti.

8) Et ita juramentum inhabilis personæ ratum hic propter consensum adversarii qui detulit. Duar. in *Comm. h. t. C.* 8. Borch. *C.* 4. *n.* 3. *et seqq.* Obi. *L.* 34. §. 2. *h. t.* Resp. Non defertur pupillo, scilicet invito. Quod si volens delatum susceperit et præstiterit, custodiri omnino debet. *d. L.* 26. *pr.* Borch. *C.* 4. *n.* 5. (et ejus verbis transcriptor Setser. *L.* 4. *C.* 3. *n.* 5.) Et hæc ita in juramento assertorio, cum de præjudicio deferentis quæritur. Secus si de efficacia contra alios, vel obligatione jurantis, in promissorio vel confirmatorio contractus quæratur, ubi furiosi prodigi et similium juramenta nihil agunt.

L. si servus, *L. qui iurasse*, *hic.* Nam quod dicitur, servos pro nullis haberi: non ad factum, sed ad ius quod inde iure civili tribuitur, referendum est. Servi quidquid agunt, gerunt, contrahunt, ratum est, ut pro facto habeatur. Sed cum ad ius et emolumentum eius facti ventum est, nihil inde subsístit in persona servi, sed totum dominis acquiritur. *L. acquiruntur*, *infr. de acq. rer. dom.* Et hoc est, quod adiicitur in regula, *Quod ad ius civile attinet*: quod alibi sic explicatur, quod attinet ad iuris civilis communionem, cum ita dicitur servos iuris civilis communionem non habere. *L. qui testamento*, *§. servus*, *infr. qui test. fac. pos.* iuris civilis, idest, eorum quæ iure civibus tribuuntur. Recte ergo iurat servus, ut pro iurato habeatur, quod iuravit. Sed cum quæritur de iure et effectu iurisiurandi, ibi quasi dominus iurarit, non servus: ita hoc ius, idest, actio aut exceptio inde domino acquiritur. *d. L. servus.* Non obstat, quod dicitur iusiurandum instar iudicii habere. *d. L. qui iurasse*, *in fin.* Aliud est enim iudicium esse, aliud instar est, quod ad vim attinet: quia iudicii vim habet, atque adeo interdum maiorem, quam res iudicata. *L. 2. hic.* sed non ideo iudicium est. Nam et transactio iudicii et rei iudicatæ auctoritatem habere dicitur. *L. non minorem*, *C. de trans.* neque tamen transactio est iudicium. Et certe iusiurandum, quo res sine iudice transigitur inter privatos, plus quam manifestum est, iudicium non esse. Proinde res ipsa; idest, iusiurandum, cum quocunque interpositum sit, consistet, ideo et cum servo: quia non est iudicium. Vis autem, et illud propter quod instar iudicii est, non ad servum, sed ad dominum pertinebit. Pupillo iusiurandum tuendum cum dicimus, pupillum accipere debemus, qui fari possit, ut existimetur intelligere, quod affirmat. Nam infans in omnibus negotiis gerendis a furioso nihil distat: quia pariter nihil intelligit. *§. pupillus*, *Inst. de inutil. stipul. L. in nego-*
tiis, *infr. de reg. iur.* † De caussa etiam 6
potest dubitari. Sunt enim quædam caussæ graves, ut quæ sunt de statu: quædam præcipuam quandam æquitatem desiderant, ut depositi: quædam etiam non sunt privatæ, sed populares. Etiamne hæ iureiurando decidi possunt, et cum de his iusiurandum intervenerit, non minus est servandum? Et placet quacunque in actione, quacunque de re iuratum sit, pariter ratum esse iusiurandum. Et ne quid sit dubitationis, etiam 9 superiores controversiæ exempli loco afferuntur. Qui locus tractatur pluribus in *L. 3. §. quacunque*, *usque ad fi. L.* ubi exempla varia in *L. eum qui*, *§. in popularibus*, *§. si libertus*, *L. iusiurandum et ad*, *hic. L. cum proponas*, *L. in actione*, *C. eod.* Scilicet in his omnibus iusiurandum de re privata est, et conventionem habet. De re privata pacisci et transigere licet, ac quævis iuris sui remissio concessa est. *L. iuris*, *§. si paciscar*, *L. pa-*
ctum, *supr. de pact.* † Sed ut nihil ob- 7
stent cætera: at saltem iuranti periurium suum

9) Vid Borch. *h. tit. C.* 5. qui hæc fuse declarat. Quo pertinet et *L.* 13. *pr. h. tit.* Quam exponit Duar. *in Prior. Comm. h. t. C.* 32. *et in Post. Com. C.* 7. *f.* 872. Et hoc quidem ita in caussis status, cum quis jurat se servum vel libertum non esse, ut *d. L.* 3. §. 2. *L.* 13. *pr. L.* 30. §. 4. *D. L.* 6. *C. h. tit.* Num vero idem cum in servitutem vindicans, jurat servum suum esse? Non puto. Neque enim hic delatio valet; alios facto et conventione sua quis se in servitutem conjiceret, contra jus certum, ut not. *supr. Civil. Commentar. Lib.* 2. *C.* 9. *N.* 13. Nam et quod transactio super servili conditione valet. *L. ult. Cod. de trans.* solum obtinet cum id agitur, ut qui servus dicebatur habeatur liber; non autem contra, quia nec transactio dici posset, cum nihil ei daretur, quod suum fieret, ut Don. *ad d. L. ult.* Caussis status comparari solent matrimoniales. Sed in iis receptum est ut jusjurandum ex delatione partis adversæ præstitum ratum sit pro matrimonio. Quia deferens videtur sub conditione. *si juraverit* matrimonium contrahere, si non ante contractum sit. Non vero contra, ne in potestate sit conjugum indissolubilis disruptio. Sneidvin. in §. 11. *Instit. de act. n.* 26. *et seq.* Duar. *in Prior. Comm. hoc. tit. Cap.* 9. *et in Poster. Cap.* 4. *f.* 862. *sub fin.* Caroc. *Q.* 4. *Quæstionis* 9. *princip. n.* 6. Coras 3. *Misc.* 4. *n.* 6. Beust. *ad L.* 3. *D. h. tit. n.* 63. et seq. *et de sponsalib. C.* 45. Borch. *C.* 5. *n.* 23. (et ex his transcriptor Setser. *Lib.* 4. *Cap.* 4. *n.* 7.) Gail. 2. *Obs.* 94. *n.* 13. et 2. seqq. (ubi *n.* 16. eodem modo distinguit in monastica professione, matrimoniis spiritualibus.) Sed nec pro matrimonio tunc valet, quando ex eo alii quam deferenti præjudicium creari posset. Ex. gr. Inter Titium et Bertam agitur. Seja quoque matrimoni fidem sibi dedisse Titium prætendit. Titius Bertæ, vel contra, jusjurandum deferre nequit: Covar *de Matrim. P.* 1. *Cap.* 4. §. 1 *n.* 5. Quid in criminalibus? Ad eas edictum non pertinere vult. Duar. *in Prior. Comm. h tit. C.* 9. quia Prætor de actione loquitur. Ex illis autem actio abusive, proprie accusatio. Nec reperiri ait exemplum delati apud veteres in judicio criminali jurisjurandi. Nam *L.* 7. §. 4. *de his qui not. inf.* de judicio civili loqui. Publicæ utilitatis rationem facere, ne caussæ hæ ita decidantur, quia ad vindictam publicam agitur. Idem in *Post. Comm. C.* 4. *f.* 862. vulgo statui, quid accusator reo recte deferat, cum arg. a populari actione, tum arg. *leg.* 15. §. 5. *D. de adult.* Si enim remitti potest, quidni et jusjurandum deferri. Verum subdit, Judicem, comperta veritate, tamen reum damnare posse. Ut *et* Sneidvin. *in* §. 11. *Inst. de act. n.* 23. præterea requirens, ut et de caussa transigi possit et deferens aliis probationibus destituatur. Et juxta illam opinionem quod reo deferri possit, indicatum testatur Beust. *ad L.* 3. *hoc tit. n.* 56. Cæterum delationem accusatori a reo factam verius ac receptius est, inutilem esse, (etsi Bart. *in L.* 20. *de qq. n.* 4. dissentit (1) quia ex conventione ad Pœnam corporalem non tenet obligatio. (2) Per *L. ult. Cod. de probat.* (3) inde evenire posset ut insons damnaretur. Beust. *dict. loc. n.* 557. et seq. (ex quo ad verbum, solemni more suo, transcripsit Setser. *Lib.* 4. *C.* 4. *n.* 5. *et* 6.) Aliud tamen opinor, si ad pœnam pecuniariam agatur. Aliter Caroc. *Q.* 15. *principali n.* 3. *et seqq.* qui delatum accusatori ac præstitum præbere indicium ad torturam putat, (add. Sneidv. *ad d.* §. 11. *n.* 24.) reo autem deferri posse exceptis caussis iis, in quibus transactio vetita *L.* 18. *C. de trans.*

suum obstare debere quis dixerit. Quid enim, si postea periurium fuerit approbatum? Nulla ratio iuris aut æquitatis pati videtur, ut periurio iusiurandum prosit. In periurio dolus est. Nemo ex dolo et improbitate sua actionem consequi: aut ullum lucrum facere debet. *L. itaque*, 12. *L. eum qui*, 14. §. *is autem*, *infr. de fur. L.* 1. *supr. de dol.* Sed et periurium delictum est, et quidem singulare genus maleficii: maleficia impunita esse non oportet, idque utilitas publica exigit. *L. ita vulneratus*, *vers. quod si quis*, *supr. ad leg. Aqui. L. locatio*, §. *quod illicito*, *infr. de publican.* Ergo ut intelligere liceat nihil hic excipi, quamobrem iusiurandum omni modo ex hoc edicto non sit servandum: nominatim hoc quibusdam locis comprehensum est, caussam iureiurando decisam nec periurii prætextu retractari posse: *L.* 1. *C. eod.* usque adeo ut placeat quamvis postea periurium fuerit approbatum, nec de dolo actionem in eum qui peieravit dandam: ne scilicet iusiurandum alia via retractetur. *L. quod si*, *supr. de dol.* Neque aliam significationem habet, quod dicitur post rem iureiurando decisam, nihil aliud quæri, quam an iuratum sit. *L. post rem*, *infr. de re iud. L.* 5. §. *dato*, *hic.* Sic enim fit, ut non quæratur vere, an falso iuratum, idest, peieratum sit. Neque vero ita [10] iusiurandum servari iniquum est. Constitueretur inique, si adversus invitum. Nunc autem constitutum est adversus eum, qui ultro detulit iusiurandum, et cui placuit interposito iureiurando litem decidi, ut non adiiceret se velle decidi, si adversarius vere iuraret. Itaque inest in hac delatione deferentis conventio, et quidem ea per quam lite disceditur, ut in transactione. Nihil æquius quam unumquemque conventioni stare. *L.* 1. *sup. de pac.* præsertim autem, si eo spectat, ut sit aliquis litium finis. *L. fratris*, *C. de transact.* Sed tum maxime, cum de his agitur, quæ quis ultro expetivit. Quæ cum omnia sint in iureiurando, et eo qui detulit: nihil æquius, quam iusiurandum ab eo simpliciter delatum etiam adversus eum simpliciter servari. Unde dicitur servari propter religionem quidem; sed præcipue propter conventionem. *L. sed si servus*, *L. qui iurasse*, §. *ult. hic*, et maxime quod per iusiurandum transactum videatur. *L. quod si deferente*, *supr. de dol. L.* 2. *L. admonendi*, *in fin. hic.* Quibus adiicere debemus illud Justiniani, nullo modo ferendum esse, ut quis infirmat ea, quæ ipse facienda procuravit. *L. generaliter*, §. *sed iuramento*, *C. eod.* At enim in peierante dolus est. Non est dolus, quo nemo decipitur. Non decipiuntur autem, qui sciunt et consentiunt: multo minus, qui iusiurandum ab adversario expetunt. *L. nemo videtur*, *infr. de reg. iur.*

At certe, ut dixi, periurium delictum est, et quidem gravissimum: utpote quo simul et falsum testimonium dicitur adversus proximum, et Dei sacrosancta maiestas petulanter violatur. † Quid ergo, cum cæ- 8
tera delicta placeat impunita non esse, solius periurii nulla erit pœna? Ad rescindendum quod gestum est, nullam esse diximus, propter conventionem eius qui detulit. Sed an nec delicti ulla erit? Et de eo ita scriptum est in rescripto Alexandri Imperatoris, L. 2. C. eod. *iurisiurandi contempta religio satis Deum ultorem habet.* Quo significari putamus, contemptæ periurio religionis pœnam, divinam quidem esse ultionem Dei; humanam autem hoc iure nullam. Et in summa Romanos, ut tum tempora fuerunt, [11] contemptæ religionis pœnam in periurio nullam statuisse; sed

rem

10) Recte. Convenit Gilken. *in L.* 1. *C. h. t. n.* 1. Non absurdum hoc, sive spectetur persona deferentis, qui potuit jus suum deterius reddere, sive præstantis, quia iniquum de ejus perjurio quæri: Et Leonin. 2. *Emend.* 3. *n.* 1. Qui defert, cedit liti, sub conditione præstandi jurisjurandi et omnem controversiam religioni adversarii credit, quem judicem suæ caussæ constituit A. Fab. *ad d. L.* 21. *de dolo.* Deferendo judicem feci *L.* 1. *Quar. rer. act. non. dat. junct. L.* 26. *de re jud.* (quæ notanda contra ipsum Fabrum ut *supr. N.* 7.) Ad hæc boni publici ratio id exigit ut litium sit finis. Quomodo et sententiæ iniquæ stari oportet Borch. *C.* 8. *n.* 48.

11) Consentiunt nostro et inter perjurium per Deum et principem distinguunt Cujac. 2. *Obs.* 19. *et ad L.* 1. *et* 2. *Cod. h. t* A. Fab. *ad L.* 22. *de dolo* Coras. *SC. Tolos. C.* 21. Sich. *ad L.* 2. *C. h. t.* Marq. Freher. 1. *Parerg.* 29. Fachinæ 1. *Controv.* 14. Decian. *Tr. Crim. Lib.* 6. *C.* 13. Theodor. Marcil. *in L.* 12. *tab. Collect. et Interpretam. Cap.* 8. Virgil. Pingizer. *Q.* 39. *n.* 8. *et seqq.* Gilk. *ad L.* 1. *et* 2. *Cod. h. tit.* Caroc. qui hanc magis communem vocat *Q.* 2. *Quæstionis* 9. *pr. n.* 6. *et ejusdem Q.* 3. *n.* 6. Reusner. *Lib.* 3. *decis.* 2. P. Theodoric. *Disp. Crim.* 5. *Thes.* 8. *Lit. F.* Et pro hac opinione quoque facit. *L.* 15. *D. de exc.* Et *Nov.* 82. *C.* 11. §. 1. ubi dicitur. Siquidem *ex studio noceant* (Judices jurati de quibus *ibi*) *a Domino Deo pœnas perjurii sustinebunt.* Et ita Harmenop. *Lib.* 1. *Enchirid. tit.* 7. Mich. Attaliata *Synopsi T.* 6. (*To.* 2. *Iuris Græc. et Rom. a Leunclajo editi*) οὐδεὶς κατὰ τοῦ Θεοῦ ὀμόσας κινδυνεύει ἱκανὸς γὰρ ὁ ὅρκος τιμωρὸν ἔχειν τὸ Θεῖον. Nemo qui per Deum juravit, periclitatur, Satis enim id juramentum ultorem habere Numen ipsum. Quin et apud veteres Græcos perjuris pœnam statutam non fuisse, colligere est ex Arist. *Rhetor. ad Alex. Cap.* 18. Contra tamen Duaren. 2. *Disp.* 37. *et in Prior. Comm. hoc tit. C.* 33. *f. ult. et in Post. Comm. C.* 8. Baro *in L. ult. de lit. jur. et in* §. 11. *I. de act.* Rob. 2. *Sentent.* 20. Petr. Gregor. 50. *Synt.* 11. Menoch. *Arb. Cas.* 319. Jo. Bapt. Asin. *Tr. de Execut.* §. 8. *Cap.* 9. *et* §. 9. *Cap.* 1. Bronch. 2. *Ax.* 25. Anton. Del Re *de Juram. cal. Cap.* 23. *n.* 9. *et seq.* Anton. Cont. *ad L.* 2. *C. ad L. Jul. matest.* Old. *Cl.* 1. *Act.* 9. *in adfin. Rem. n.* 2. *et* 3. Pac. 3. *Enant. Quæst.* 79. Busius *ad L.* 13. *de jurejur.* Perrenon. 1. *Animadvers.* 8. Petr. Matthæ. *Addit. ad Guid. Papæ Decis.* 178. Rævar. 2. *Var.* 3. Vult. *ad* §. *item si quis* 11. *ipsi* 10. *Inst. de act. n.* 20. *et seq.* Arumæ. *Disp. Pand.* 11. *Quæst.* 7. Præter

rem totam iudicio et ultioni Dei reliquisse. In quo hoc secuti videntur. Nam quæcunque hic iniuria est, ea ad solum Deum fertur, cuius nomen et maiestas eo facto læditur. Visum est, eum esse debere æstimatorem et arbitrum iniuriæ, qui accepit. Sed maxime cum de Deo agitur. Nam si inter homines quoque hoc ius valet, ut permittatur privatis, qui iniuriam passi sunt, eam æstimare: §. *pœna*, *Inst. de iniur.* quanto iustius est in iniuria Deo illata hanc æstimationem illi relinqui, qui solus recte iudicat, quique ut iustus iudex, ita ultor et vindex omnino futurus est? Sed an habeat superior definitio eam sententiam, quam diximus, et an sententia per se vera sit, paucis videamus. Ait [12] Alexander: *iurisiurandi contempta religio Deum ultorem habet.* Est ergo pœna periurii quædam divina: eaque est ultio et vindicta Dei: pœna omnium delictorum communis illa quidem, sed tamen præcipuo quodam modo sancita in periurio. Quod etsi ex communi intelligentia sumptum hoc loco usurpatum est ab Alexandro: tamen ne qua sit dubitatio, ipsa lege Dei expressum est. Sic enim est tertium præceptum: *Ne usurpes nomen Domini Dei tui temere. Neque enim Dominus dimittet eum impunitum*, *qui nomen eius vane usurpaverit.* Sed quænam hæc et quanta pœna est? Omnium gravissima, nempe exitium, uti scriptum est psalmo 5. *Perdes omnes*, *qui loquuntur mendacium.* Quod et ethnici naturæ tacita lege in hominum mentibus divinitus inscripta docti intellexerunt. Hoc enim et Cicero *lib.* 2. *De legib.* expressit his verbis: *Periurii pœna divina exitium*; *humana dedecus esto.* Solam autem hanc divinam pœnam periurii esse significat Alexander, cum ait, non simpliciter contemptam religionem iurisiurandi Deum ultorem habere, sed satis Deum ultorem habere. Ut enim cum dicitur satis probatum esse iureiurando, hoc intelligimus, ita probatum esse iureiurando, ut hæc probatio sit satis, nec alia desideretur: *L.* 5. §. *dato hic.* Item cum dicitur satis pœnæ subire eum, qui non defenditur, quia mittitur adversarius in possessionem bonorum eius, hoc omnes dici intelligunt: ita hanc esse pœnam, ut non alia adiiciatur: *L. satisque*, *supr. de in ius voc.* ita cum legimus iurisiurandi contemptam religionem satis Deum ultorem habere, nihil aliud intelligere debemus, quam istum contemptum ita habere ultorem Deum, ut hoc ipsum ad pœnam sit satis. Et quomodo aliter, hoc verbum, *satis*, accipere possumus? Alia enim pœna si est periurii, sufficiebat dicere, iurisiurandi contemptam religionem Deum ultorem habere. Atque ut hoc verba exigunt: ita in primis sententiæ ratio, quæ si aliter accipitur, aperte definitio vitiosa est: quia supervacua et inutilis. Quorsum enim monere, periurium habere Deum ultorem, quod pœnam iuris nullam continet, et quod sine monitore omnes homines intelligunt, testificante illis sua ipsorum conscientia? Sed hoc intererat consultoris scire, an nulla esset periurii humana pœna, et si nulla esset, quamobrem hoc placeret. Ad hoc apposite respondet Alexander, nullam esse constitutam, mirum videri non debere: *quia iurisiurandi contempta religio satis Deum ultorem habeat*: idest, quia si pœna quæritur, hæc abunde sufficiat, quod Deum habet ultorem: qua pœna nulla potest esse gravior. Nec quisquam putet Alexandrum in *d. L.* 2. *C. eod.* de eo tantum loqui, qui per venerationem principis calore quodam iracundiæ peierasset, quia de eo postea subiicitur. Ad hunc enim prior illa definitio de contempta religione iurisiurandi pertinere non potest. Primum quia in iureiurando, quo iuratur per principem, non inest religio: est enim religio metus

relatos a Menochio *d. Cap.* 319. *n.* 10. Atque hi sane, quos omnes evolvi, non uno modo variant, in eo num quodvis perjurium puniatur, et qua pœna hoc vel illud. In hoc solum conveniunt quod perjurum id omne, quo Numinis violata religio, impune non sit. Pro quibus præter LL. quas Donellus hic sibi objicit, facere videtur 1. *L.* 2. *in fin. Cod. de indict. viduit. toll.* verbis: *per leges quæ perjuria puniunt.* 2. Nov. 53. *Cap.* 4. *princ.* 3. Nov. 77. *C.* 1. §. 1. ibi: *Si enim contra homines factæ blasphemiæ impunitæ non relinquuntur*: *multo magis qui ipsum Deum blasphemant*, *digni sunt supplicia sustinere.* Quibus ratio impunitatis a Donello et aliis adducta convellitur. Ac certe blasphemia quoque Deum solum offendit, ut Menoc. *d. Cap.* 319. *n.* 15. Exactius vero hæc expendere in præsenti differo. Probabilius tamen videtur, distingui posse inter jusjurandum litis decisorium et aliud. Ut illius, si pejeratum, nulla pœna nisi divina, quia nec de eo inquiri convenit §. *æque*, 4. *Inst. de exc. L.* 5. §. 2. *h. t. L.* 15. *de except.* Neque eo dici potest nocitum alteri esse, cum hoc omne damni sibi suæque facilitati, qua detulit jusjurandum accepto ferre is debeat. Quin nec facile certo liquere potest de perjurio. Quippe etsi qui juravit, testibus postea aut instrumentis convincatur, potest esse, ut testes corrupti, instrumenta conficta sint. Nec admittendus is qui vult convincere, alias jurejurando lis decisa non foret ut *supr. N.* 7

12) Ita omnino est, quod prius membrum *d. L.* 2. pœnam omnem aliam removeat. Neque enim verba ejus patiuntur expositionem Vulteii ad *d.* §. *item si* 11. *n.* 20. cum primis a Deo tum etiam ab hominibus: ut nec Perrenonii *d. C.* 8. qui ideo dici *satis*, *etc.* quia non pro merito videatur posse puniri ab hominibus. Nec P. Matthæi *d. loc.* illis rationem reddi ab Imp. cur non gravissime et corporali pœna puniatur, quia hoc crimen maximam ultionem a Deo expectat. Et loquitur *d. L.* 2. *pr.* de juramento judiciali, de quo et L. præcedens, idque titulus ac materia proposita exigit. Unde nec de inconsulto ac temerario solum jurejurando accipienda, quo nihil nocitum est alteri, ut Oldend. *d. loc.* Ræv. et alii. De variis intellectibus *d. L.* 2. vid. Asin. *dd. loc. et* Caroc. *Q.* 3. *Q.* 9. *pr.*

metus numinis, non principis. Deinde quia etiamsi in eo religio inesset: tamen qui calore iracundiæ peieraret, faceret id magna culpa; non tamen religionis contemptu. Fuit ergo consultatio de pœna eius, qui calore iracundiæ peierasset, eaque duplex, sive is iurasset per Deum, sive iurasset per principem, et maxime si per venerationem principis. Et respondet Alexander, humanam hic nullam esse: quia si per Deum peieratum sit, in totum nulla sit, etiam si sit contempta religio ab eo qui consulto peierasset. Si autem peieratum sit per principem, hoc casu nulla esse debeat adversus eum qui calore iracundiæ peieravit: quia in eo nulla petulantia arguatur, nullus contemptus principis. Etsi hæc sententia satis superioris rescripti verbis et mente efficitur: tamen in ea acquiesco facilius, quod nihil mihi videtur satis idoneum contra afferri. Quo cognito, quam per se illa vera sit, certius statuetur. Ac de temporibus illis, quibus Alexander vixit, quæque Alexandri ætatem antecesserunt, nihil puto dici verius. Paulus scribit religioni standum esse, quia sufficiat periurii pœna. *L. nam sufficit*, *supr. de dol.* Nempe ait et suam periurio pœnam esse. Nos vero esse quoque dicimus. Sed quæ sit, quæritur. Id cum decidatur in *d. L.* 2. nimirum inde sumendum est, quod ad locum dubium explicandum transferatur: præsertim cum sit lex Alexandri, sub quo Paulum dixisse constat. In *L. ult. infr. stellionat.* scriptum est, de periurio eius, qui sua pignora esse iuravit, stellionatum fieri: et ideo eum ad tempus exsulare. Sed hæc [13] non periurii pœna est, sed stellionatus, idest, fraudationis et imposturæ. Nam et sine iureiurando si quis idem in pignore mentitus esset, committeret stellionatum nihilominus, eiusque pœna teneretur. *L.* 1. *in fin. infr. de pig. act.* Crescit quidem crimen accedente periurio: sed quæcunque circumstantiæ accesserint, semper stellionatus committitur, quo modo et in *d. L. ult.* nominatur. Ut, iniuria una alia gravior et atrocior esse potest ex facti circumstantiis: quæcunque tamen atrocitas iniuriæ fuerit, semper iniuria est, quæ infertur. §. *atrox*, *Inst. de iniur.* In *L. si duo*, [14] §. *ult. hic.* Refert Ulpianus, si quis iuraverit in re pecuniaria per genium principis (sic enim solebant ethnici iurare sub Imperatoribus, per principem, per genium, per salutem, per venerationem principis: nempe his divinos honores deferentes, Imperatoribus hunc ipsum honorem affectantibus) si quis, inquam, ita iuraverit, et peieraverit: Imperatorem Antoninum cum patre Severo rescripsisse, fustibus eum castigatum dimitti, et ita ei superdici, προπετῶς μὴ ὄμνυε. Et negari non potest, periurii pœnam humanam hanc esse. Sed hoc superiori sententiæ non adversatur. Meminerimus enim dicere nos contemptæ iurisiurandi religionis nullam esse humanam pœnam constitutam iure civili. Tunc contemnitur iurisiurandi religio, cum per Deum peieratum est, ut ante dixi: quoniam religio est metus numinis. Cum peieratur per principem, non contemnitur religio, sed princeps; cumque vindicatur hic contemptus, vindicatur maiestas principis, non contempta religio. Sed absurdum est, inquies, coerceri legibus petulantiam eius, qui per principem peierasset: iniuriam autem eodem genere Deo factam non coerceri. Nihil hic absurdi se facere Romani iudicaverunt. Apparet enim fecisse eos, quod supra dixi: statuisse nimirum, cum per Deum iuraretur, et per principem, æquum esse, ut hi essent iniuriæ arbitri, qui et passi essent. Et ideo principes iniuriæ sibi illatæ pœnam imposuerunt, quæ videbatur petulantiæ iurantis coercendæ idonea; eam quæ Deo facta esset, non attigerunt, rati illum optimum iudicem contemptus sui, et iustissimum vindicem futurum: hoc vero satis esse. Usque adeo autem contemptæ iurisiurandi religionis nulla pœna corporalis aut pecuniaria, vel si qua est eiusmodi, temporibus illis occurrit, quæ sit constituta legibus, ut ne infamia quidem notari legamus eum, qui peieraverit, si modo nulla caussa accesserit ex his, quæ per se notantur edicto. Certe nihil de eo expressum est edicto de infamibus, quod exstat in *L.* 1. *supr. de his qui not. inf.* nec quid-

13) Et ita Cujac. 2. *Obs.* 19. *et ad L.* 1. *et* 2. *C. h. t.* Fachin. 1. *Contr.* 14. quia etsi non juraverit, æque stellionatus pœna. Et Don. ad *d. L.* 2. *C. h. t. n.* 6. ex verbis *d. L. ult.* et ideo arguit: scilicet propter stellionatum. Convenit Caroc. *Q.* 2. *Quæst.* 9. *princ. n.* 9. qui ibi venire juramentum accessorie ad confirmationem falsæ assertionis, quæ est Stellionatus. Atqui si stellionatus pœna augetur ob perjurium, utique oportet ibi perjurium puniatur in eo, quod pœna isthæc communem excedit. Et ita est: verum ibi non jurisjurandi decisorii species, nec id delatum a creditore, sed ad eum fallendum debitor ultro juravit. Gilken. ad *d. L.* 1. *C. hoc tit. n.* 6.

14) Minut. Felix *in Octav. p. m.* 389. *Tutius est*, ait, *per Jovis genium iis pejerare quam per Regis.* Unde tamen jusjurandum omne per Jovem impune fuisse non sequitur. Loquitur autem *d. L.* 13. §. *ult.* de eo qui non temere, aut calore quodam ut *d. L.* 2. sed consulto ac mala mente per Principem juravit. *Cujac.* 8. *Obs.* 7. Quod vero *d.* §. *ult.* habetur *superdici* debere, alii de præconis elogio, alii de superindictione, titulis appensis, intelligunt. Quo de vid. Cujac. *d. C.* 7. Ræv. 5. *Var.* 7. Langlæ. 11. *Semestr.* 1. Jac. Duran. Casell. 1. *Variar.* 4. Borch. *hoc tit. C.* 8. *n.* 83.

quidquam ulla parte eius tituli legitur, quod periurium solum eo edicto notari significet. Nec alia lex magis id probat, quam quæ multo post secuta est, *L. si quis maior*, *C. de trans.* quæ certa in specie infamiam constituens adversus peierantem, satis declarat, ne in ea quidem specie antea hanc pœnam fuisse: alioqui fuisset constitutio ad eam rem supervacua. Sed de ea paulo post. Ut autem nulli loci proferuntur ex iure civili, qui probent ullam penam periurii constitutam fuisse temporibus illis, quæ diximus, si quis per Deum iurasset: ita nihil adfertur ne ex aliis quidem auctoribus, quod non potius nullam hanc pœnam fuisse sancitam legibus confirmet. Cicero *libro* 2. *de legibus*, [15] de periurio hanc legem statuit: *Periurii pœna divina exitium*; *humana dedecus esto.* Si ille scripsit consentanea temporibus suis, et ei iuri, quod tum erat apud Romanos: vel hic locus maxime ostendit, nullam tum fuisse periurii pœnam humanam aliam, quam dedecus: atque hoc ipso etiam nullam fuisse probat, quæ quidem infligeretur iure et legibus. Dedecus enim intelligit eam infamiæ notam, quæ est in re et hominum honestorum opinio-

ne, non illam, quæ legibus aut edicto irrogatur, cum verbis legis aut edicti iubentur aliqui esse infames, ut hæc genera distinguuntur in *L.* 2. *infr. de ob. seq. parent. et patron.* nam hæc posterior in usu iuris absolute infamia dicitur. Sane vero qui peieravit, quacunque in caussa id fecerit, turpis est et improbus, nec opinione hominum evadet huius turpitudinis et infamiæ notam. Sed nos de infamia, quæ iure irrogetur, quærimus. Apud eundem quoque Ciceronem scriptum est *lib.* 3. de offic. *Censores nulla de re diligentius, quam de periurio iudicasse.* Sed et hoc ipsum magnum argumentum est, nullam tum fuisse constitutam pœnam legibus adversus periurium. Constat enim censores Romæ in ea animadvertere solitos, de quibus nihil legibus cautum erat: ut probabunt exempla censoriarum animadversionum, quæ [16] leguntur apud Valerium Maximum *lib.* 2. *cap.* 4. de censoria nota. Atque hæc ita fuerunt, quo tempore Alexander Imperator, quo Paulus et Ulpianus vixerunt. Quid hic secutum sit, videamus. Nempe [17] longo post tempore secutæ sunt constitutiones duæ, Arcadii et Honorii una, *L. si quis maior*, *C. de trans.*

 Ho-

15) Ita Theod. Marcil. *in L.* 12. *tab. Interpret. C.* 88. Dedecus non infamium ex lege, sed ignominiam ex nota Censoria. Nam nec lege infames perjuri, nec edicto, nec constitutionibus. Quin et hoc confirmat *Don. ad L.* 2. *C. h. t. n.* 7. *et seq.* ex ipsa *L.* 41. *C. de trans.* Alias enim nihil necesse in ea specie de infamia caveri. Add. Martin. Uran. *in C. querelam* 10. *h. tit.* Diss. Asin. *de Exec.* §. 9. *C.* 1. *n.* 21. Marq. Freher. *Lib.* 3. *de Existim. qui est de infamia C.* 10 *n.* 11. Joan. Calvin. *Themide Hebræo Rom. C.* 3 *pag.* 50. et DD. comm. quos plures refert Hering. *de Fidejuss. C.* 19. *n.* 138. Quod jure Canonico sane expeditum videtur *Cap. infames* 17. *Cap.* 7. *Q.* 1. *C. si quis convictus* 7. *Cap.* 22. *Quæst.* 5. Quod infamia ex perjurio contracta non aboleatur remisso jurejurando ab eo cui præstitum id, postquam pejeratum est. Vasq. 2. *Contr. Usufreq.* 27. *n.* 5.

16) Quod et confirmat Bodin. 6. *de Rep.* 1. *n.* 530. qui perfidiam nullis judiciis vindicari, sed cognitionem totam fuisse Censorum. Censoribns autem non fuisse animadversionem, nisi eorum vitiorum, de quibus nullæ LL. latæ, nulla judicia constituta. Confer. Zamosc. *Lib.* 1. *de Senatu pag.* 91. et seq. Exemplum apud Agel. *Lib.* 7. *C.* 18. Ubi ait, Censores quosdam, quia quod jurato se facturos dictitaverant, non fecissent, omnium notarum et damnis et ignominiis affecisse. Quibus certe verbis non levis pœna innuitur. Et ut ut Censura a judicio distincta, non ideo minus tamen nota censoria pro pœna habenda videtur. Sed et Pontifices de perjuriis cognovisse constat ex Plaut. *Rudent.* 5. *Sc.* 3.

. . . . . . *Tunc meo Pontifex perjurie es.*

Unde Ræv. 2. *Var.* 3. qui consulto per Deos arasve Deorum pejerarent, Pontificibus Plaut. *d. loc.* qui per genium Principis, Principi *L.* 13. §. *ult. h. t.* qui alia ratione, Censoribus pænas dedisse Cic. 3. *Off.* Agell. *dict. C.* 18.

17) Vult. ad §. *item si* 11. *Inst. de Act. n.* 2. (ex quo ad verbum transcripsit Setser. *Lib.* 1. *Cap. ult. n.* 12. *et* 13.) cum olim pœna arbitraria et extraordinaria fuerit, novioribus Constitutionibus certis casibus pœnam constitutam esse. Ut *d. L* 41. *d. L. pen.* Quibus addit (3) Constit. quæ desideratur in *tit. Cod. de custod. reor. ut* Cujac. ad *d. L. pen. Cod. de dign.* item quatuor casibus *Nov.* 117. Ac (5) lege quadam Leonis et Constant. cujus meminit Harmenop. *Lib.* 1. *tit.* 7. ut ex delatione pejeranti; item testi perjuro lingua præcidatur. Sed Harmenopulo fidem derogat Fachinæ. 1. *Contr.* 14. *sub fin. et* Pingizer. *Quæst* 39. *n.* 17. Enimvero Coras. *SC. Tolos.* 21. *et* Rauchbar. *P.* 2. *Quæst.* 3. *n.* 44. sententiam qua perjuri impunes, homini Christiano inconvenientem et absurdam vocant, et a qua merito recessum sit. Sicuti Constit. Crimin. Caroli V. perjuris digiti præciduntur. Vide Georg. Rem. *Nemesi Karulina Cap.* 107. *et seq.* Beust. ad *L.* 1. *h. t. n.* 19. Et *Nov. Elect. Sax. ul. P.* 4. relegatum contra fidem juratam reversum prima vice amputatione duorum digitorum, altera fustigatione, tertia capitis supplicio plectit. Ac legibus certe antiquioribus Saxonum *tit.* 2. §. 7. (si recte edidit Basilius Joan. Herold.) habetur. *Qui sciens perjuraverit, capite punitur.* Quæ et pœna apud Ægyptios. Diod. Sicul. *Lib.* 2. Hungarorum legibus de perjurio convictus omnia bona amittit et disparibus vestibus indutus, zona canabea succinctus, discalceatus pedibus et nudato capite semper incedere cogitur, ut in *Tripart. Opere jur. consuetudinar. Hungar. edito* a Steph. Werbeuzo *Titul.* 30. De ultione divina perjuris metuenda, vide et exempla pete ex Alex. *L.* 5. *Gen. dier. Cap.* 10. *et Lib.* 6. *Cap.* 10. Pet. Greg. 50. *Synt.* 10. *n.* 6. *et seqq.* Rob. 1. *Rer. judic.* 11. Jac. Ebert. *Tr. Ethico de Juram. pag.* 104. *et seqq.* Christoph. Obenio *vom. Eidschuueren Part.* 6. Memorabile est quod Hilar. Bircmier. de *Arte Apodemica* refert in Castello Heiden. sex cadavera in sacello reservata viatoribus ostendi. Longissimo eo tempore non sepulta, quod terra ea absumere nequeat. Eo quod illi homines ita ex delatione juraverint. *Si falsum juro, statim moriar, sepulturaque indignus efficiar.* Quod e vestigio ita contigit. Plane ut quis reus fiat perjurii dolus requiritur. Unde in assertorio juramento non quivis falsum jurans pejerat, sed qui sciens ex animi sententia. Quomodo Chrysippus hæc distinxit ἐπιορκεῖν καὶ ψευδορκεῖν (sicuti mentiri et mendacium dicere Agell. 11. *Noct.* 11.) Duar. in *Prior. Com. h. tit. Cap.* 33. *f. ult.* Et in promissorio perjurus non est qui ex quavis etiam fatua caussa contra juramentum suum venit, de quo Moller. 2. *Semestr.* 38. non certe, si ex justa *L. ultim. qui sat. cog.* Vid. Covar. ad *Cap. quamvis* 2. *de Pact. in* 6. *Parte* 1. §. 3. *n.* 30. Confer. Dominic. Soto *Lib.* 8 *de Justit.*

Honorii et Theodosii altera, *L. quoties*, *penult. C. de dignit. lib.* 12. quarum illa infamiam irrogat periuro; hæc periurum dignitate exuit. Mihi autem hæ constitutiones aut periurio pœnam statuere non videntur: aut si statuunt, duabus tantum in caussis eas statuere certum est: ut consequens sit in aliis omnibus superiorem sententiam relinqui. Prior enim irrogat infamiam non cuivis peieranti; sed ei qui adversus pacta vel transactiones iureiurando confirmatas veniat. Non ergo magis irrogat ob periurium, quam ob fidem violatam; alioqui de omni periurio idem constituendum fuerat. Non esset quidem hæc pœna sine periurio: sed non ideo pœna periurii própria, cui etiam fidei violatio caussam dedit. Posterior autem constitutio peierantem dignitatis damno coercet, non quemlibet, sed illustres viros: neque eos passim et quacunque in caussa peieraverint; sed tunc solum, cum criminali iudicio conventi, et fidei suæ ac iuriiurando propter privilegium personæ commissi, cautioni suæ non steterunt; obliti et privilegii sibi ob personæ dignitatem concessi; et dignitatis suæ, et rei seriæ, de qua agitur. Ex quo apparet pœnam hanc indici non periurio, sed personæ et caussæ. Personæ quidem, quæ tam multis nominibus se indignam ista dignitate probavit, propter quam hoc assequebatur, ut cautioni eius iuratoriæ crederetur. Caussæ autem, ut in qua spectetur, quid promittat, quo iudicio, et quod privilegium ei cautioni locum faciat. Ita semper vere dicetur, etiam nunc periurii, quatenus tale est, nullam esse omnino pœnam constitutam iure civili. Nam divinam ipse Deus constituit, non homines. Quod si quis in his caussis pœnam periurio constitutam esse volet: at certe illud efficietur, ut quoniam certis in caussis et certis personis constituta est, extra has caussas et personas nulla sit pœna humana periurii, statuaturque in reliquum ius illud, quod supra posuimus. *L. ex eo*, *infr. de testi. L. qui testamento*, *§. mulier*, *infr. qui test. fa. poss.* Atque hæc in universum de pœna periurii accommodata ad explicationem. *L. 2. C. eod.* Quod attinet ad iusiurandum per quod de lite transigitur, de quo nunc agimus: hoc ratum esse debet, neque caussam hoc iureiurando decisam etiam prætextu periurii revocari posse: neque huius periurii ullam esse pœnam, propter quam fiat, ut periurium vocari possit in crimen ulla actione, atque ita fiat, ut species transactionis, quæ hic videtur inesse, obliqua via infringatur.

† Hac vi iurisiurandi cognita, iam illa nullo negotio intelligi potest, qualia sint, quæ de effectu [18] vario iurisiurandi sub hoc titulo variis locis tradita sunt. Jusiurandum nimirum probationis vim habere. *L. 5. §. dato*, *L. sed si possessori*, *§. ult.* Jusiurandum ex numero videri novandi delegandive. *L. qui iurasse*, *§. ult.* Idem solutionis loco cedere, et quod idem est, pro acceptilatione esse. *L. iusiurandum*, 27. *L. in duobus*, *seq. §.* 1. *L. iusiurandum a*, 40. Idem speciem transactionis continere. *L.* 2. Idem iudicii instar habere. *d. L. qui iurasse*, *in fin.* Quæ omnia ex his quæ de exceptione et actione, idest, in summa de vi iurisiurandi dicta sunt, sua sponte intelliguntur. Sunt enim partim consequentia, partim eiusmodi, quæ eam vim efficiunt, quam dixi. Quorum tamen rationem paucis subiiciam, ne quid in his dubii relinquatur. Probationis vim habet: quia affirmationi standum est, ut fieret, si satis alias probatum esset: idque non propter conventionem solum, sed propter religionem. *d. L. 5. §. dato*, *L. sed etsi servus.* Ex numero novandi est: nempe in actore: quod sicut novatione constituitur nova obligatio et actio: sic postquam actor iuravit, nova actio ei acquiritur, qua nunc utatur, quasi priore in hanc posteriorem translata. Fieri etiam potest, ut vice debitoris alius conveniatur, quasi debeat. Hic si neget se debere, et iusiurandum actori deferat, ac iuratum sit, teneri incipit. Qua ex re etiam verus debitor assequitur, ut liberetur obligatione in hunc quasi iudicio transfusa: quod delegationis speciem habet. *L. delegare*, *inf. de novat.* Sed tamen recte dictum est, [19] iusiurandum ex numero novandi videri, non esse. *d. L. qui iurasse*, *in fin.* Novatione enim sic nova obligatio constituitur, ut tollatur, vetus. At iureiurando dato, sic ex hac parte edicti agi potest, ut nihilominus actori integra sit sua actio, quæ competeret, si iuratum non esset. *L. eum qui*, *in pr.*

et jure Quæst. 2. *Art.* 1. Nec qui juravit certo die solvere, si prorogato per creditorem termino, non solvit: quia remittente parte, etiam Deus *Cap.* 1. *extr. hoc tit.* Myns. 6. *Obs.* 32. nec si solvere non possit, Beust. ad *L.* 1. *hoc tit. n.* 20.

18) De viribus juramenti vid. Duar. *in Prior. Com. hoc Titul. Cap.* 31. *et in Poster. Cap.* 7. Sneidvin. *ad* §. 11. *Inst. de act. n.* 48. *et seqq.* Hering. *de fidejuss. Cap.* 20. §. 2. Seraphin. *Privil. Juram.* passim Setser. *Lib.* 1. *Cap.* 25. qui 30. effectus generales refert, et ex quibusdam multos speciales infert.

19) Recte. Quod et contra Vultejum adstruxi *Cap. præced. N.* 4.

pr. hic. Idem solutionis loco cedit, et acceptilationis, in persona nimirum rei. Ut enim liberatur in totum debitor solutione, ac cum eo fideiussores, et pignora: *Inst. quib. mod. toll. obl. in pr. L. in omnibus speciebus, infr. de sol.* sic et iureiurando. Certe ex iureiurando perpetua exceptio illi acquiritur, qua fiat, ut neque in ipsum, neque in eos omnes, ad quos ea res pertinet, agi possit. *L. ait, hic.* quibus verbis [20] et fideiussores contineri intelligimus, et pignorum possessores. *L. in duobus*, §. 1. *L. antep. hic.* in quo tamen cum sic liberetur reus, ut nulla interveniat pecuniæ numeratio: ideo pro acceptilatione id haberi potius dicitur. *d. L. antep.* Hæc enim imaginaria solutio est, non vera solutio. §. *item per, Inst. quib. mod. tol. obl.* Hæc res facit, ut qui in universum effectus sunt solutionis, iidem sint et iurisiurandi. *d. L. antep.* Transactionis speciem habet: quia ut transactione, sic iureiurando ab omni controversia disceditur, et quidem litigatorum conventione. *d. L. antep. L. qui iurasse*, §. *ult.* Instar [21] iudicii obtinet, quod sicut re iudicata, actori quidem actio iudicati, reo autem exceptio rei iudicatæ acquiritur in qua nihil amplius quæritur, quam an iudicatum sit: *L. miles. §. ult. infr. de re iud.* §. *item si, Inst. de exc. L. post rem, de re iud.* Ita plane utrumque ex iureiurando, et eodem modo. *L.* 5. §. *dato, L. nam postea, ver.* 2. hic. *Nec immerito*, inquit Ulpianus: *cum ipse iudicem adversarium suum de caussa sua fecerit, qui detulit ei iusiurandum.* L. 1. in pr. *infr. qua. re. act. non det.* Itaque qui iudicii et litis contestatæ effectus sunt, iidem sunt plane et iurisiurandi: præterquam in duplo, quod consequimur his actionibus, quæ per inficiationem in lite crescunt. Ac quam similia omnia sint exceptioni iurisiurandi cum exceptione rei iudicatæ, actioni in factum ex iureiurando cum actione iudicati, satis dictum est, cum de exceptione, et actione ex iureiurando ageremus. Nunc ut intelligatur iusiurandum totius iudicii vim habere, ac non tantum iudicati: [22] etiam litis contestatæ vim habere dicimus, et multo magis, quia plus sit iudicati vim obtinere, quam litis contestatæ: cum in hac contestatione sit initium, in iudicato finis et exitus totius iudicii, ac non nisi per litis contestationem ad sententiam perveniatur. Atque hinc iidem hi effectus. Sunt quædam caussæ, in quibus quis iudicium accipere non cogitur. Placet eum ex iisdem caussis nec iurare cogendum esse, se dare non oportere, quia hoc iusiurandum in locum litis contestatæ succedat. *L. sed etsi*, §. *ex quibus, supr. de iud. L. in contractibus*, §. *illo, C. de non num. pec.* Temporales actiones iudicio inclusæ efficiuntur perpetuæ, et quæ pœnales sunt, ab utraque parte in heredes transmittuntur. *L. ult. in fin. infr. de fid. tut.* eodem modo et [23] postquam iuratum est, actio perpetua esse incipit, quæ fuerat temporalis, et quæ pœnalis erat, in heredes dabitur. *L. nam postea*: §. *si is qui, hic.* † Li- 10
tis contestatione interrumpitur præscriptio longi temporis. *L. moræ, C. de rei vind. L. nec bona, C. de præf. lon. temp.* interrumpitur et iureiurando. Quam ego sententiam esse puto. *L. si duo*, §. *Julianus, hic*: de qua cum parum liqueat, paulo pluribus, quæ sit exponam. Verba hæc sunt: *Julianus ait, eum, qui iuravit fundum suum esse, post longi temporis præscriptionem utilem actionem habere debere.* Propone ita: qui fundum a possessore sine iudicio petebat iamdiu bona fide ab illo possessum, cum se dominum fundi esse diceret, ac de eo esset inter eum et possessorem controversia: deferente possessore, *iuravit fundum suum esse.* Neque tamen possessor statim eum fundum restituit, neque is qui iuravit suum esse, statim egit adversus possessorem, ut sibi fundus restitueretur. Ita factum est, procedente tempore, ut eo usque possideret adversarius, donec illi usucapio impleretur. Non enim conventione petitoris interrupta est usucapio, quæ nec iudicio et litis contestatione esset interrupta. *L.* 2. §. *ult. infr. pro empt.* Ex quo et illi possessori præ-

20) Vid. *Seraphin. privil. juram.* 82. Non tamen hinc fidejussor aget mandati. Vid. not. supr. *Cap.* 7. *N.* 6.

21) Et immo majorem auctoritatem quam res judicata *L.* 2. *hoc tit.* Quomodo? Quia a jurejurando non appellatur *L.* 12. §. 2. *et* 3. *Cod. hoc tit.* Ita Anton. Fab. 19. *Err. Prag.* 5. *initio et* Beust. *ad dict. L.* 2. *n.* 39. addens quod contra jusjurandum minoris non datur restitutio in integrum *L.* 1. *et auth. Sacram. Codic. si adv. vend.* Ad hæc naturalis obligatio tollitur jurejurando, non item judicato *L.* 60. *de cond. ind.* ita Hortens. *ad L.* 13. §. 4. *de pig.* Et ratio *ad dict. L.* 2. *hoc tit.* juxta Rod. Suar. *in Lectura L. post rem judic.* 56. *de re judic. Notab.* 2. *n.* 5. quia facilius inducitur, quam res judicata, non requirens tantum ordinem et tot solemnitates. Juxta Duar. *in Prior. Comm. Cap.* 26. *et Poster. Cap.* 7. quia plus est consensu damnari quam invitum. Sicuti majoris auctoritatis consuetudo, quam jus quod ex necessitate *L.* 36. *d. LL.* add. Forcat. *Dial.* 46. *n.* 2. Vaud. 1. *Quæst.* 23. P. Fab. *ad L.* 207. *de R. I. pag.* 793. *et seq.* ubi ostendit quod sicuti post rem judicatam transigi nequit, ita nec post jurejurando decisam.

22) Caroc. *Quæst.* 22. *principali n.* 1. Seraphin. *Privil. Juram.* 50. Sed hoc ita in decisorio, non item alio obligationi adjecto. Unde hinc male arguunt, quod id moram inducat. Jo Kizel. *Exegesi de oblig. mutui Cap.* 9. *n.* 78. Sed et pro pacto convento cedit *L.* 33. §. 1. *h. t.* immo majorem vim habet. Vid. sup. *Not. Cap.* 7. *N.* 6.) indeque perimit naturalem obligationem *L.* 95. §. 4. *de solut.* non autem civilem §. *æque* 4. *I. de exc.* Vid. *not. supra Cap.* 7. *N.* 1. Quando juramentum vim expressi habeat, vid. Tiraq. *post. LL. Connub. Gl.* 7. *n.* 152. *et seqq.*

23) Vid. *Not. Cap. præced. N.* 10.

scriptio completa est, ut maxime quis eam illi non proficere quis dixerit: de quo nunc dubitatur. *L. nec bona*, *C. de prescr. long. temp.* Post id tempus petitor, qui de fundo iuraverat, cum fundum ex iureiurando petere instituit. Cum id faciat, perfecta iam a possessore usucapione, quæritur: an recte petat. Movet, quod si directa in rem actione experiretur, qua se dominum esse intenderet, præscriptione temporis summovetur ab eo, qui usucapione dominus factus esset. Nam si possessori iam domino facto ultro competeret in rem actio: *L. in rem*, *supr. de rei vind.* multo magis possidenti exceptionem competere dixeris. *L. invitus*, §. 1. *infr. de reg. iur.* Et ait Julianus, [24] *etiam*; idest, quamvis, *post præscriptionem longi temporis*, *utilem actionem eum habere.* Ait *post præscriptionem.* Hoc sic accipe post præscriptionem impletam. Sed a quo impletam? nempe a possessore, quo deferente petitor iuravit: ei enim soli longi temporis præscriptio acquiri potest, qui diu possedit. *L.* 2. *L. longi*, *C. de præs. lon. temp.* quod in proposito is non fecit, qui nunc agit. Cur enim ageret, si nunc possideret? aut quid utili actione ex iureiurando ei opus esset, si usucapione quæsitum dominium obtineret? Jam vero quando hancæ prscriptionem a possessore impletam esse volumus? Postquam petitor iuravit fundum suum esse. Nam si prius quam iusiurandum detulisset possessor, fundum usucepisset, ac deinde deferente eo petitor iuraret fundum esse suum: nulla esset dubitatio, quin actio ex iureiurando teneret possessorem: cum nulla nova caussa secuta esset iusiurandum, quæ illi dominium adiiceret. At cum post iusiurandum præscriptionem implevit, ibi nova ex caussa dominus factus consequi videtur, ut dominium aliis omnibus auferat, nec illi obstet iusiurandum, cui nova caussa et nova defensio obiicitur. Arg. in *L. si*, *mater* §. *eandem*, *infr. de exc. rei iud.* Atque hinc huius loci dubitatio. Ait, *eum* qui in hac specie *iuravit*, *utilem actionem habere*: utile intelligens, ex iureiurando, de quo nunc agitur: atque illud innuens, frustra in proposito post præscriptionem a possessore impletam directa actione agi omisso iureiurando: quod si ex iureiurando agatur, ac proinde utili actione: recte agi, nec obstare agenti præscriptionem. Cur ergo non obest ei præscriptio longi temporis; quæ a possessore post iusiurandum impleta est? Quia si post litem cum possessore vere contestatam inter moras litis præscriptio impleta esset, nihil ei proficeret: ut effectu perinde esset, quasi nec esset impleta. *d. L. nec bona*, *C. de præs. lon. temp.* Jusiurandum autem litis contestatæ vim habet, ut supra diximus. Vulgo sic interpretantur: ut dicant, eum qui iuravit, fundum suum esse, sive iuravit post præscriptionem longi temporis a se acquisitam, sive iuravit ante, deinde præscriptionem implevit, possessione postea amissa, cum possessio ad eum qui iusiurandum detulerat, pervenisset, etiam adversus hunc utilem actionem ex iureiurando habere: cum dubitari posset, an tantum haberet actionem in rem, postquam usucepit. Quæ sententia inepta est, et inutilis. Nam cui potuit [25] esse dubium, actionem in factum ex iureiurando dari posse etiam ei, qui usucepisset? Quod enim res ab eodem usucapta est, non facit quominus de ea re pluribus actionibus agi possit, sed quo magis. Distinctæ sunt hæ caussæ, usucapio iusiurandum. Ideo quo minus ex singulis recte agatur, nihil impedit. *L. et an eadem*, §. *actiones*, *infr. de exc. rei iud.* Deinde quid attinuit quærere, an is qui usucepisset, posset utili actione ex iureiurando petere, cum huius rei quæstio in iudicio incidere nullo modo possit? Aut enim possessor actionem istam utilem a se removebit, quod dicat actorem rem usucepisse: aut de usucapione silebit, nec ad eam actionem removendam alia exceptione utetur. Si ideo non recte utili actione secum agi dicit, quia actor usucepit: ipse se oppugnat, et de dominio actoris confitendo litem dirimit. Sin de usucapione actoris nihil obiicit; quid restat, nisi ut utilis actio ex iureiurando procedat, quasi nulla præscriptio longi temporis actori accessisset?

CAP.

24) Convenit Duar. *ib Prior. Comm. hoc tit. Cap.* 22. *et in Poster. Cap.* 5. *fol.* 869. ac probat. Fachin. 1. *Contr.* 70.

25) Et de hoc tamen non modo dubitat, sed plane negat Vult. *ut not. Cap. præced. N.* 4. Sane Caroc. *Quæst.* 24. *principali n.* 4. ex vulgari hac acceptione *dict.* §. 1. putat exceptionem regulæ oriri, quod semel dominus non fiat amplius. In quo omnino fallitur. Ut et Zas. *ad dict.* §. 1. et alii qui per actionem utilem intelligunt, *ibidem*, ex præscriptione, inde colligentes ea non nisi utile dominium acquiri. Quomodo et Ræv. *in Tribon. n.* 10. exponit utilem actionem datam ex præscriptione, quam inde probare nititur ex prætoris edicto esse, et in Italici quoque soli rebus locum habuisse.

C A P. X.

De vi judicialis jurisjurandi.

S U M M A R I A.

1. *Actio et exceptio edicto promissa ad solum voluntarium, et extrajudiciale jusjurandum proprie pertinet.*
2. *Judicialis jurisjurandi vis, et quæ huic cum extrajudiciali communia, quæ diversa.*
3. *Jusjurandum judicio cœpto præstandum sub ipso judice: extra judicium non est necesse, et cur.*
4. *Jusjurandum judiciale interdum revocari non potest.*
5. *Ad judiciale jusjurandum servandum actio aut exceptio inutilis: sententia judicis opus est.*
6. *Sententia ex jurejurando judiciali lata quam vim habeat.*

1 QUÆ † de vi iurisiurandi hactenus dicta sunt, de eo [1] dicta sunt, quod extra iudicium, seu de re in iudicium non deducta interpositum est: quod vulgo voluntarium appellatur. Alia vis et conditio est eius, quod interponitur in lite et iudicio iam instituto. Nec quemquam moveat edictum, quo de vi iurisiurandi ita cautum est (ut quidem id sub hoc titulo propositum et expositum habemus) ut non aliis conditionibus; nec aliis modis placeat iusiurandum servari, quam quos supra diximus. Etsi enim edictum, ubi et quando iusiurandum interponatur, initio nihil exprimit: tamen cum exceptionem et actionem ex eo pollicetur, ex effectis satis declaratur, quodnam genus intelligat: quoniam actio aut exceptio ex iureiurando non alii convenit, quam ei qui iuravit iudicio nondum cœpto. Quod ita intelligetur, si docuerimus ei qui post litem contestatam de re controversa iuravit, neutram esse necessariam. De quo postea in ratione huius iurisiurandi tuendi dicendum est. Sed si de vi huius iurisiurandi verbis edicti cautum non est: unde ius de hoc genere? Partim effectum est ex sententia edicti, partim cautum constitutionibus, ut deinceps in partibus huius iuris exponendis patebit. Sed et hoc iusiurandum, quod de re iudicio controversa interponitur, non est unius generis. Aut enim [2] interponitur ex consensu utriusque partis, aut uni altera invita a iudice defertur. Illud iudiciale: Hoc necessarium vulgo dicitur, ut initio diximus. Quorum et ipsorum cum non eadem vis sit: separatim etiam de utroque dicendum est. Ac de iudiciali, quod cum priore maiorem conventionem habet, prius cognoscendum. † 2
Ergo et iusiurandum, quod post litem contestatam de re controversa adversario postulante interponitur, ratum habetur. *L.* 1. *hic. L.* 1. *C. eod.* Quod ius ex sententia edicti recte ducitur. Nam si ex edicto valet id: quod ante iudicium interpositum est: multo magis servari oportet, quod interpositum est postea, ubi auctoritas iudicii accesserit. Sed quantumvis proficiscatur et hoc ex litigatorum consensu, ut et superius: non tamen servatur iisdem omnino conditionibus, neque eodem modo. Ex quo evenit, ut vis quoque nonnihil sit dissimilis. In conditionibus hoc commune, quod iudiciale hoc ut ratum sit, easdem conditiones exigit, quas in voluntario et extraiudiciali desiderari diximus. Nam primum volumus ita id servari, si postulante adversario iuratum sit: sive litigator ipse deferat approbante iudice; sive deferat iudex postulante litigatore, ut deferretur. Ut enim iudex uni ex litigatoribus deferat altero invito in dubiis tantum caussis receptum est; et eo iureiurando, quod necessarium vulgo appellatur: de quo nunc non agimus. Itaque in summa exigitur hic quoque id, quod est in edicto, ut quamvis

res

1) Ita et supra *Cap.* 3. *n.* 3. *N.* 2. Sed hæc Donelli sententia, nec sibi ipsi constare videtur. Statuit enim idem ad voluntarium suscipiendum neminem cogi, ut infr. *Cap.* 12. *n.* 2. Atqui et verba edicti sunt, *jurare cogam L.* 34. §. 6. *hoc tit.* Nisi hæc, ut opinor, nostri mens, quod prior edicti pars de jurisjurandi suscepti vi, solum loquatur de voluntario. Posterior autem de necessitate suscipiendi, ut *infr. C.* 12. solum de judiciali: sed verius est et priorem partem de hoc quoque loqui, nec minus hoc quam illud actionem ex jurejurando, itemque exceptionem parere, ut *not. infr. N.* 6. Partem in aliam nimis deflectunt Borch. *cap.* 2. *n.* 4. et Vult. *ad* §. *item si* 11. *Instit. de act. n.* 8 *et* 1. *Discept.* 7. volentes edictum totum solum loqui de juramento judiciali. Vult. amplius unicum locum esse in toto *hoc tit.* de extrajudiciali, nempe *L.* 17 *pr. hoc tit.* Quem tamen *L.* 28 §. *ult. h. tit.* clare refellit. Et plures loci *h. tit.* qui de alio quam voluntario commode accipi nequeunt.

2) Quod pars litigans defert parti litiganti in judicio, Judice approbante. Beus. *ad Rub. D. h. t. n.* 58.

res agatur apud iudicem, tamen iuretur, delata conditione. Hinc cætera consequentia, quæ ad vim voluntarii et extraiudicialis exegimus: Nempe ut is deferat, qui deferre potuit, quoniam aliter nec videatur delatum; et ut recte iuretur, quia alioqui iusiurandum non sit: ubi tamen meminisse oportet remissionem iurisiurandi pro iureiurando esse; Et iuretur ex conditione delata: idest, non revocata conditione, et statim: ubi non ita defertur, ut intra certum tempus iuretur; Et iisdem verbis, si quidem id postuletur ab eo, qui detulit. Atque hæc, ut dixi, extraiudiciali iuriiurando cum iudiciali communia, cum de conditionibus ad vim utriusque pertinentibus agitur. Hoc interest, quod iudiciale præter superiora aliquid amplius exigit; in conditionibus autem communibus, quas diximus, nonnihil dissimile accidit circa iurisiurandi
3 revocationem. † Et ad superiora omnia accedere oportet, quod inductum est constitutione Justiniani. *L. generaliter in pr.* illic, *omne igitur*, C. eod. *ut omne iuramentum sive a iudicibus, sive a partibus illatum* [3] *vel in principio litis, vel in medio, vel in ipsa definitiva sententia, sub ipso iudice detur*: sic enim verba sunt constitutionis. Loqui constitutionem de eo iureiurando, quod in lite seu iudicio defertur, declarat, quod nihil interesse ait, utrum iusiurandum illatum sit in principio litis, idest, iam ab initio cum primum per intentionem actoris et inficiationem aut defensionem rei lis contestata est, an in medio, an in definitiva sententia: quæ omnes aperte iudicii partes sunt. Sed et initio eius legis præfatur Justinianus sibi in animo esse definire de omnibus iuramentis, sed quæ in litibus offeruntur. Itaque quod adjicitur, *sive a iudicibus, sive a partibus illatum sit*, sic accipiendum est, sive a iudicibus solis delatum sit, sive a partibus ita, ut vel pars deferret approbante iudice; vel iudex quidem: sed desiderante et postulante altera parte, ut planius explicatur in §. *sed iuramento, in pr. et fin. ead. L.* Hoc eo spectat: ut intelligamus nihil de iure vetere immutari hac constitutione in eo iureiurando; quod extra iudicium interpositum est inter privatos; sed ut ante, ita nunc quoque ex eo et reo exceptionem, et actori iuranti actionem esse, ut edicto comprehensum erat, et expressum est in *L. duobus*, §. *ult. hic*, Exigit constitutio, ut quod iusiurandum defertur in lite, seu iudicio in- 3
stituto, detur sub ipso iudice. Id valet: ut delatum præstetur coram iudice, apud quem agitur, seu audiente eo et cognoscente, quid et quo deferente iuretur. Nam quod ad verbum dandi attinet, non tantum veteribus dare et præstare iusiurandum eadem sunt, ut esse constat ex *L.* 5. §. *dato*, *L. nam postea*, *ver.* 2. *hic.* juncta *L.* 1. *C. eod.* sed Justinianus ipse in *ead. L.* eodem modo usurpat, ut patet ex §. *sed iuramento, et his de præsentibus*: ubi utroque verbo in eadem re promiscue utitur. His autem verbis, *sub iudice*, ipse ostendit in §. *ult. eiusdem L.* idem se intelligere, quod præsente et audiente iudice, non seorsim ab illo. Ergo quod iusiurandum lite contestata delatum alibi præstitum est, quam coram iudice, ex ea lege ratum non habetur, ut vitiose, nec iure præstitum, idest, non ita, ut lex iubet. *L. quoties, supr. qui satisd. cog. L.* 3. *infr. de test. tut.* Nec vero abs re est, quod placuit in hac specie iusiurandum ita præstari: non utique quia sit in potestate iudicis repudiare delationem, ut non prius ea rata sit, quam si iudex auctor fuerit, ac proinde eius præsentia requiratur

3) Et ita quoque post conclusionem in caussa, vel publicatio processu, et post sententiam appellatione interposita. Caroc. *Q. principali* 5. *n.* 1. Rauchbar. *P.* 1. *Quæst.* 9. *n.* 23. *ac seq.* Et Gilken. in *L.* 12. §. 1. *Cod. hoc tit. n.* 14. post conclusionem in caussa recusari posse. Et Anton. 19. *Err. Prag.* 9. termino probatorio lapso, exclusum a probatione, etiam a juramenti oblatione: *Arg. L.* 11. *Cod. hoc tit. et per L.* 14. §. 3. *C. de non num. pec.* et idem tradit. Pacian. 1. *de Probat.* 70. *n.* 14. Jure autem Saxon. *Lib.* 1. *Art.* 6. comprobato *Nov. Elect. Augusti* 11. *P.* 1. post litem contestatam aut præstitam·guarandam deferre nequit, quia id delationem hanc pro mutatione libelli habet Fachs. *Diff. jur. civil. Saxon.* 52. *inter diff.* Zobel. 21. *n.* 7. *P.* 1. Sneidvin. *in* §. 11. *Inst. de act. n.* 83. Beust. ad *Rub. h. tit. n.* 80. Rauchbar. *Parte* 1. *Quæst.* 9. *n.* 14. *et seqq. et Quæst.* 10. *n.* 22. Jacob. Schultes *Obs. forens.* 48. *n.* 16. *et* 3. *seqq.* Quæ dispositio quia exorbitans stricte accipienda Rauchbar. *dict. Quæst.* 9. *n.* 22. Ideoque Moller. ad *dict. Novell.* 11. *n.* 8. *et* 9. super quæstione incidenti aut emergenti deferri posse censet. Quin immo cum Constitutio Saxon. de actore solum loquatur: reo adhuc id licere post judicium acceptum, ut veritatem exceptionis committat religioni actoris, judicatum refert Coler. *Decis.* 122. *n.* 10. *et n.* 14. add. Zanger. de *Except. Parte* 2. *Cap.* 21. *n.* 74. *et seqq.* Nam etsi regulariter dispositum in uno valere possit etiam in alio; hic tamen dispar merito caussa actoris, qui antequam experitur, perpendere potest, num probationem suscipere, anne ad delationem hanc confugere expediat, nec diu eum vagari ac variare cum rei incomodo permittendum: Et Rei, qui præter spem ad judicium trahitur *L.* 2. *C. de dilat. L.* 6. *c. de temp. in int. Rest.* Adhæc, quia necessum erit, ut ante litem contestatam reus actori deferat juramentum super exceptionibus peremptoriis, quæ nec ante objici debent, nec disceptari possunt, ut nos *supr. Lib.* 22. *Cap.* 7. *N.* 7. Nodum igitur in scirpo quærit Andr. Scheffer. *Parte* 2. *Q. Pract.* 12. dum inquirit, num non obsistente d. Constit. Sax. a reo actori deferri possit jusjurandum post actum illum cui alias vis est litis contestationis. Enimvero etsi hanc dispositionem miretur Wesenbec. ad Sneidvin. in §. *item si* 11. *Instit. de act. n.* 83. expedire tamen sic statui, ne nisi initio et ipsa libelli oblatione delatio juramenti recipiatur, censet posse Anton. Fab. *Cod. sui Lib.* 9. *Titulo* 22. *Art.* 7. Ventura de Valent. *Parth. Litig. Lib.* 2. *Cap.* 13. *n.* 20.

ratur propter consensum: iniungitur enim contra iudici, ut delatione admissa, eum cui iusiurandum delatum est, cogat iurare aut solvere. *L. delata*, *C. eod.* sed iudicii ratio, et officium 4 iudicis in re cognoscenda ac ferenda sententia istam præsentiam eius in iureiurando præstando exigere videntur, Judicis est, cum quid ad probationem adfertur, cognoscere diligenter, quale id sit, et in eo æstimare, quid credat, aut sibi parum probatum opinetur. *L. iudices*, *C. de iud. L.* 3. §. *eiusdem*, *infr. de testib.* Ergo et illud scire, iusiurandum in lite esse præstitum, et quam recte præstitum sit: nam iusiurandum pro iusta probatione est. *L.* 5. §. *dato*, *L. sed si possessori*. §. *ult. hic.* Hoc vero scire, nisi præsente eo iusiurandum præstitum sit, non potest. Eiusdem iudicis est, cum sententiam dicit, certam ferre. *L. pen. L. ult. C. de sent. quæ sin. cer. quant. prof.* Vel hoc maxime nomine audire et cognoscere debet, iuretur. Sic enim fit, ut sciat, quid sit in iureiurando, ut inde habeat, quid sententia complectatur. Et hoc ita servari placet inter præsentes sine exceptione. Quod si is cui iusiurandum defertur, absit, dum forte per procuratorem litigat: cautum est eadem *L. generaliter*, §. *his præsentibus.* Si is cognita delatione adversarii susceperit iusiurandum absens, et iuraverit: ita ratum esse posse iusiurandum, si iudex existimaverit non posse aut non debere absentem evocari iurisiurandi caussa, qui autem iurat, iuret *sub actorum testificatione*; deinde *gesta super iuramento secuta* iudici litis intimentur: sic enim loquitur constitutio. Est autem hæc sententia: ut is qui iurat, ita iuret, ut res transigatur apud iudicem eius loci, in quo absens degit, actis intervenientibus: idest, adeatur is iudex: apud eum exponatur, huic litigatori de quo agitur, deferri iusiurandum ab adversario: atque ibi is cui defertur, dicat se iusiurandum suscipere, ac iuret: res autem gesta actis eius iudicis mandetur: sic deinde acta referantur ad iudicem litis, ut is cognita actorum testificatione sciat, quid de re statuere debeat. Sed quoniam hæc ita sunt, si iudex existimaverit absentem evocandum non esse: prior hic quæstio est, iureiurando absenti parti delato, quid iudex existimare et statuere debeat de absente evocando, aut non evocando: quam et hic attingeremus, nisi magis esset illius loci quæstio, in quo de necessitate iurisiurandi subeundi, aut referendi agitur, quocirca et in eum locum a me reiicietur. Ergo hoc amplius est in iureiurando iudiciali, quam voluntario, quod illud proprie dum ex delatione præstatur, præsentiam ac velut auctoritatem iudicis desiderat; hoc nequaquam. † In conditioni- 4
bus autem communibus, cum de eo agitur, ut iuretur, nondum revocato iureiurando: quod utriusque generis commune est; hoc quoque dissimile fit in utroque circa revocationem, quod extraiudiciale delatum, ut iuretur intra certum tempus, semper intra id tempus revocari potest; iudiciale non semper: quod ex hac re accidit. Nam ius de revocatione iurisiurandi ita est: iusiurandum ita delatum, ut intra certum tempus iuretur, posse revocari ante sententiam; post sententiam autem quæ appellatione suspensa non sit, vel quæ ex appellatione confirmata fuerit, non posse. *L. si quis iusiurandum*, *C. eod.* Ut post huiusmodi sententiam revocetur iusiurandum delatum et necdum præstitum (de eo enim agimus) in iusiurandum voluntarium seu extraiudiciale non cadit: ut proinde metuendum non sit, ne non semper possit revocari ex supra scripta lege; in iudiciale potest cadere: quod cum accidit, necesse est ex eadem lege cessare revocationem. Fit autem id hac ratione. Nam cum extra iudicium res transigitur, prius delatum iusiurandum præstatur aut recusatur, quam ulla sententia, atque adeo iudicium ullum intervenerit. Ita non potest dici nondum præstitum post sententiam revocari, ubi præstationem sententia non præcessit. Cum autem de re iudicio agitur, iudex a quo pars petiit, ut iusiurandum alteri parti deferret, potest statim sententiam ferre, qua iusiurandum deferat adversario, ut sententia valeat: dum ferat hoc modo, ut actore delationem petente ita dicat: si reus intra tot dies iuraverit se non debere, eum absolvo; aut contra reo delationem postulante dicat: si actor intra tot dies iuraverit sibi dari oportere, reum in tantam summam condemno. Nam has sententias etiam multo ante tempora Justiniani ferri solitas et receptas esse supra diximus, et probat. *L. cum iudex*, *C. de sent. et interl.* Finge ergo ab eiusmodi sententia non appellari. Nempe ex superiore lege frustra is cuius postulatu iusiurandum delatum est, id revocabit, etsi maxime tempora delati iurisiu-

4) Et jusjurandum hoc probationis loco. Judicis autem est existimare quid probatum. Donell. ad *dict. L.* 12. *princ.*
4. Et quod delatio hujus vim non habeat, nisi Judice approbante Gilken. ad *dict. L.* 12. §. 1. *n.* 10. Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 9. *in Practica n.* 3. et post citatos plures Jacob. Schult. *Observ. forensi* 50. quem de hoc consule.

iurandi largiantur: quippe rei iudicatæ standum est. *L. cum prolatis*, *infr. de re iud.* Quod si iudex sine sententia detulerit, ut iuraretur intra certum tempus; aut detulerit eiusmodi aliqua sententia, qualem modo diximus, sed a qua is, quo postulante iusiurandum delatum erat, appellarit: tum is et ante et post sententiam iusiurandum recte revocabit intra tempora constituta: atque adeo si appellavit, quia hoc facto improbavit, ac velut rescidit sententiam, hoc ipso iusiurandum sententia delatum revocasse intelligitur: ut quamvis postea iuret adversarius, nihil ei prosit iusiurandum, quia non iam ex delato iureiurando iuraverit. Quæ si ita sunt: recte dixerimus neque iurisiurandi genus aut conditionem, neque deferendi tempus in caussa esse, cur non possit unum revocari potius, quam alterum; sed solam sententiam, qua id delatum est, si ab ea non sit appellatum. Illud notandum est, postquam placet etiam post sententiam a qua appellatum sit, revocari posse id quod postulante uno ex litigatoribus alteri delatum erat: ad hoc genus non pertinere id, de quo significatur in *L. generaliter*, *in pr. C. eod.* cum ita cavetur, si huiusmodi aliqua sententia, qualem diximus, iusiurandum delatum sit, et ab ea sententia appellatum; posse eum cui iusiurandum delatum est, iurare etiam pendente appellatione, non exspectata extrema sententia appellationis. Si hoc de eo iureiurando accipimus, quod postulante litigatore delatum est a iudice, falsum est. Nam si is qui postularat, appellavit, iusiurandum revocatum est, ut dixi: ut frustra postea ex ea delatione iuretur. Si autem is, cui iusiurandum delatum erat: aperte is sententiæ beneficio uti non potest, qui appellando se eam repudiare, nec velle ea uti declaravit. Arg. *d. L. si quis jusjurandum*, *C. eod. L. ult. cir. fi. C. de cond. inser.* Sed de eo iureiurando dictum est, quod iudex uni altero invito sua auctoritate detulit, quod vulgo necessarium vocatur, cuiusmodi iusiurandum revocari non potest ab eo, qui appellavit: dubitatur tamen, an etiam non revocatum præstari possit pendente appellatione: de quo postea suo ordine dicetur.

Ut † non iisdem plane conditionibus præ- 5
stitum in iudicio iusiurandum valet, quibus voluntarium, et quod extra iudicium interponitur: ita et cum suprascriptæ conditiones intervenerint, servandi ratio est 5 dissimilis. Nihil enim hic actione opus est iuranti actori, qui actionem de re de qua iuratum est, non satis constitutam et iudicio inclusam habet: quippe quæ iureiurando eius non tollatur, sed confirmatur. Nihil exceptione opus iuranti reo, cum quo iudicium iam ante institutum est: quia actor qui cum illo agere cœperat, si post iusiurandum de eadem re agere insistet, non novam actionem instituet, quæ nulla illi nata est, sed in iam cœpta perseverabit, ut quæ sola illi competat. Nulla autem nova actione instituta adversus reum, exceptio illi est inutilis, cum non sit locus exceptioni, nisi ad excludendam actionem, quæ intenditur. *L.* 2. *infr. de re iud.* §. 1. *et deinceps. Inst. de exc.* Et hoc est, cur initio dixerimus de iureiurando iudiciali non caveri verbis edicti, qua parte pollicetur prætor exceptionem et actionem ex iureiurando; sed de eo, quod extra iudicium interpositum istas res ad futurum iudicium desiderat. Sed hoc maxime confirmari videtur in *L. duobus*, §. *ult. hic*, ubi cum Paulus dixisset iusiurandum ex priore parte edicti inducere et actionem et exceptionem: ex eo quærit, quod inde iustam dubitationem habet, quid futurum sit, si forte diversis temporibus reus et actor iuraverint: ille se dare non oportere; hic dari sibi o-

por-

5) Ita et Donell. ad *L.* 8. *Cod. hoc. tit. n.* 12. *et* 13. *et ad L.* 1. *Cod. eod. n.* 12. Si in judicio suscepto delatum, non denegari potest in reum actio, quæ jam instituta est, sed is sententia absolvitur, aut si actor juravit, condemnatur. Et Hot. ad §. 11. *Instit. de act.* ad conventionale solum jusjurandum actionem pertinere. Quæ et olim Placentini opinio fuit, non dari actionem ex juramento in judicio præstito, sed exspectari sententiam, unde actio. Verum ei adversa omnium aliorum sententia, teste Mudæo ad *d.* §. 11. *n.* 3. Quinimmo Vult. ad *dict.* §. 11. *n.* 10. *et Discept. C.* 7. ut detur actio ex jurejurando requirit, ut sit præstitum judicio, ex verbis *dict.* §. 11. *postulante* item *adversario* quæ ad controversias solum judiciales spectare ait. Sed hunc quidem refellit satis *L.* 28. §. *ult. hoc tit.* Placentini vero et Donelli opinio convellitur (1) ex *L.* 8. *Cod. hoc. tit.* verbo *actori*; item verbo *remisso*, junct. *L.* 17. *D. hoc t.* (2) *L.* 3. *princ. h. tit.* Verbis, *is cum quo agetur*, et postea: ipsum *reum*, (alias *d. L.* 8. diceretur *creditor*: item *d. L.* 3. princ. *debitorem*) (3) *dict. L.* 3. §. 1. *quacunque actione*, *quis conveniatur*: non dicitur, *conveniri possit.* (4) *L.* 9. §. *ult. hoc tit.* ubi datur actio, si *petitor* et ita lite contestata *L.* 15. *Rem. rat. hab.*) juravit (5) in *L.* 28. §. *ult.* vocula *forte* exemplum arguit, non restrictionem, immo hanc removet. (6) *L.* 30. §. 3. *in popularibus actionibus* scilicet jam intentatis. (7) *L.* 34. §. 7. ubi ei cui relatum est jusjurandum et ita judiciale *L.* 17 *pr. hoc tit.* si jurare recuset, Prætor judicium non dabit, et ita denegatur et hie actio, contra quam Donellus. Non obstat *dict. L.* 34. §. *ult.* Nam non rarum est, plures ad idem obtinendum actiones dari, sive ut unam eligat acturus, sive ut electa quoque ac peracta una, si ea non obtinuerit suum, altera superet. Vid. *not. supr. Lib.* 21. *Cap.* 3. *N.* 4. Et quid si sententia non sequatur, forte eo qui detulit, post, præstationem jurisjurandi, judicium declinante: aut, si idem actor fuit, deserente, nec peragente; adversario autem qui præstitit, satis in viribus juramenti confidente. Mudæ. *d. loc.* et Gilken. ad *d. L.* 8. n. 10. ostendens doctrinam Donelli absolutam non esse. Quid quod Vultejus contendit nec ex sententia in eodem judicio oriri actionem judicati directam, ut *not. supr. Cap.* 8. *N.* 4.

portere: et addit nominatim: si iuraverint *extra iudicium.* Quid opus fuit addere *extra iudicium*, si iureiurando de re in iudicium iam deducta præstito, æque quæstio procedere potuit? sed ideo additum est, quia aliter non potuit procedere quæstio: et non potuit ideo, quia quæstio ponitur de conflictu actionis et exceptionis: quibus verbis tunc solum locus est, cum nullo de re controversa iudicio instituto iuratum fuit. Quid ergo hic fiet, cum iuratum est in iudicio et apud iudicem? id quod iudicii lex, et officium iudicis postulant. Nempe lite contestata, postquam res, quantum potuit, diligenter quæsita esset: sequeretur sententia iudicis. *L. de qua re, supr. de iud.* eaque ita institueretur, ut reum non convictum et maxime de se probantem iudex absolveret: convictum actoris probatione condemnaret. *L. negantes, C. de act. et obl. L. 1. C. de exc. rei jud.* Idem ergo et iureiurando interposito servari oportet. Jusiurandum [6] pro iusta et præter cæteras maxime certa probatione haberi diximus. *L. 5. §. dato, L. sed si possessori, §. ult. hic.* Consequens igitur, ut si lite contestata iusiurandum datum sit, ibi iudex quasi re satis probata sententiam ferat, qua iurisiurandi fidem secutus reum iurantem absolvat; actore iurante condemnet: quod et faciendum esse præcipitur in *L. jusjurandum et ad 34. §. ult. hic.* Nec interest, utrum multo post litem contestatam id fiat, an statim apud Magistratum, dum scilicet postquam actor intendit sibi dari oportere, reus negavit (quo facto lis contestatur. *L. 1. C. de lit. cont.*) ibi ne susciperetur longior de ea re contentio, statim aut actor reo, aut reus actori iusiurandum detulit. Nam et cum id factum est; magistratus per litis contestationem iudex esse cœpit. Quæ res ei has quoque partes imponit, ut statim reum absolvat, si iuraverit; actore autem iurante condemnet, detque condemnato tempus legitimum ad solvendum: ut fieret, si debitor in ius vocatus apud magistratum statim esset confessus. *L. si debitori, supr. de iud.* Jusiurandum ergo in iudicio præstitum sequetur non actio aut exceptio: utraque ad id quod iam in iudicium deductum est, obtinendum inutilis; sed sententia iudicis, qua secundum iurantem iudicetur, ut iudicii ratio exigit, atque hoc modo servabitur iusiurandum. † Quo admisso diligenter videndum 6
est, quam vim huius sententiæ esse velimus. Quid enim? volumus ut sententiam valere? dicendum erit ab ea appellari posse, ut est conditio aliarum sententiarum. *L. 1. infr. de app.* Ita eo minor vis erit iurisiurandi, quod ad id confirmandum sententia accesserit: quod est absurdum. Rursum volumus eam ut iusiurandum servari, quia ex iureiurando proficiscitur? ergo si quid proprium est sententiæ, id in hac sententia non attendemus, et hoc modo sententia erit inutilis: quod in iudicio et sententia iusta ferendum non videtur. Quid ergo est? Et placuit [7] eam neque per se ut sententiam solam, neque rursum ut iusiurandum solum servari; sed utriusque vim habere, et sententiæ et iurisiurandi: scilicet ut si quid certius sit et firmius in decisione iurisiurandi, quam in sententia sine iureiurando lata, id ad vim huius sententiæ accedat: et simul si quid amplius præstet sententia, quam per se iusiurandum, id ipsum et hæc sententia complectatur. Proinde cum ab aliis sententiis appellari possit: proprium est huius [8] sententiæ, ut

6) *L. 11. ibi: alias probationes* Cod. *hoc tit. Nov.* 73. *Cap.* 9. *princip.* Et quidem quod vere ac proprie sit probatio, vult. Menoch. *Lib.* 1. *Præsumt. Quæst.* 1. *n.* 36. quia, ait, confessio omnium probationum maxima. Contraria tamen receptior, quod large probatio dicatur per *dict. L.* 5. §. 2. verbo, *quasi et dict.* §. *ult.* verbo, *perinde haberi.* De quo hinc inde Duar. 1. *Disput.* 26. Vaud. *Lib.* 1. *Quest.* 13. *n.* 11. Pinell. *ad L.* 1. *Cod. de Bon. matern. Parte* 3. *n.* 50. Caroc. *Q. principali* 39. Beust. *ad L.* 3. §. *ult. et* 2. *seqq. hoc titulo n.* 25. *et seqq.* Seraphin. *Privileg. juram.* 38. *n.* 5. *et* 6. Benckendorff. *ad* Seraphin. *Privileg.* 17. *n.* 15. *et seqq.* Asin. *de Exsecut.* §. 9. *Cap.* 60. *pag.* 658. Rauchbar. *Parte* 1. *Quæst.* 11. *n.* 25. *et n.* 31. Hering. *de Fidejuss. Cap.* 20. §. 1. *n.* 60. *ac sequentib.* Sane Modestin. Pist. *Parte* 2. *Q.* 79. judicatum refert, eum cui per sententiam probatio injuncta, non posse deferre adversario juramentum, si ea in rem judicatam transiit. Quia, ait, delatio hæc, verius relevatio ab onere probandi quam probatio. Subdit idem, quod juramentum species probationis non habet locum in eo, quod adversario defertur, sed in casibus iis, quibus probare licet per jusjurandum proprium, Sane quando probationi locus non est, nec jurisjurandi delationi. Unde si conventus ex cautione liquida paratæ exsecutionis, compensationem debiti illiquidi objiciat et religioni adversarii committat, non auditur, ut mora exsecutioni injiciatur. Vid. Jac. Schult. *Obs. forens.* 40.

7) Quomodo paratam habeat exsecutionem, vid. *supr. Cap.* 8. *N.* 15.

8) Inconveniens vero ratio Carocii *Q.* 47. *principali* quia nec confessus appellat. Juramento autem vis confessionis. Vis enim immo confessionis, si iurare nolit *L.* 38. *hoc tit.* Melius Seraphin. *Privil. juram.* 102. *n.* 2. quia deferens videtur confiteri id verum esse quod per adversarium juratum erit. Confessionis enim vim non habet juramentum ipsum, neque ex parte jurantis, neque deferentis, sed ejusdem delatio. Idem *Priv.* 103. *n.* 3. Qui et *d. Priv.* 102. *n.* 5. *et* 6. addit, quia vim rei judicatæ habet, et quia in exsecutionem de illo factæ præstitum. Ab exsecutione vero non appellatur. Add. Petr. regor. 2. *de Appel.* 13. *n.* 2. Borch. *hoc tit. Cap.* 9. *n.* 10. *et seq.* cujus verba more suo usurpat transcriptor Setser. *Lib.* 4. *Cap.* 8. *n.* 6. *et seqq.* Nam idem obtineat in juramento relato. Vid. not. *supr. Cap.* 3. *N.* 5. Excipiuntur caussæ matrimoniales et spirituales. Seraphin. *dict. Privil.* 102. *n.* 8. *et* 9. Caroc. *d. Q.* 47.

ut non possit ab ea appellare qui iusiurandum detulit: propter iusiurandum et conventionem, unde sententia nascitur. *Quis enim*, ait lex, *ferendus est, ad appellationis veniens auxilium in iis, quæ ipse facienda procuravit?* L. generaliter. §. *sed juramento*, *C. eod.* Itaque hactenus sententia et iurisiurandi vim habet: nam hoc retractare non licet. *L. 1. C. eod. L. quod si deferente*, *supr. de dol.* Qua ratione vere dicitur et hoc, et extraiudiciale iusiurandum maiorem auctoritatem habere, quam rem iudicatam. *L. 2. hic.* Sed utcunque proficiscitur hæc sententia ex iureiurando et conventione: sententia tamen est re vera, recte atque ordine lata in iudicio adversus eum, qui legitima probatione pro convicto habetur. Nam iusiurandum pro iusta probatione cedit, ut sæpe iam diximus. *d. L. 5.* §. *dato*, *L. sed si possessori*, §. *ul. hic.* Merito igitur et sententiæ potestatem obtinet. Hoc vero interdum plus præstat, quam iusiurandum: quod in his quæ extra rem petitam sententiam continet, cernitur: ut in infamia. Nemo enim reus iureiurando adversarii fit infamis, quamvis actor ex famosa caussa sibi dari oportere iuraverit: puta iuraverit sibi furtum factum esse, quoniam non iudicatur, seu damnatur is, adversus quem iuratur extra iudicium. Solus autem ex edicto notatur infamia, qui furtum fecisse iudicatus erit. *L. 1. supr. de his qui not. inf.* Quod si iudicio furti instituto actor deferente reo idem iuraverit: placet hoc iudicio postea damnatum famosum esse, non aliter quam si aliis idoneis probationibus reus convictus damnatus esset. *L. nam postea*, §. *si damnetur*, *hic.* Cernitur hoc idem in expensis litis in quas condemnari iubetur is, qui ob iusiurandum adversarii victus est, cum ex iureiurando extraiudiciali, si quæ impensæ factæ sint, ut ad id perveniretur, nulla earum ratio habeatur. Idque est, quod in *L. generaliter*, §. *his de præsentibus*, *C. eod.* iubetur iudex expendere impensas huiusmodi, utrum ab una parte præstari oporteat, an ab utraque. Recte Accursius: ab una præstari debere, si una tantum pars et ea adversa iuret; ab utraque, si de diversis capitulis delatum sit invicem iusiurandum.

CAP. XI.

De vi necessarii jurisjurandi.

SUMMARIA.

1. *Etiam per judicem rem jurejurando decidi posse, quod vulgo vocatur Necessarium; et Necessarii a cæteris generibus distinguendi caussa.*
2. *Necessarii jurisjurandi conditiones cum reliquis generibus communes.*
3. *Necessarii proprium, ut deferatur in inopia probationum, et quam inopiam hic accipere debeamus. exposita L.* 3. C. eod.
4. *Nec in semiplena probatione rem decidi posse per judicem jurejurando: refutata sententia vulgaris.*
5. *Inopiam probationum hic accipi debere, cum caussa est dubia, et par utrinque probatio.*
6. *Dubiæ caussæ quæ in* L. admonendi.
7. *In pari probatione litigatorum cur jurejurando per judicem res decidi possit potius quam cum nihil probatur, aut non plene.*
8. *Necessario jurejurando posse judicem in dubiis caussis rem decidere, non etiam necesse habere.*
9. *Necessarium jusjurandum utri ex litigatoribus deferendum.*
10. *Necessarium delatum judex remittere non potest.*
11. *Necessarii iusiurandi servandi modus, ut secundum eum iudicetur, qui iuraverit.*
12. *Necessario ex iureiurando latam sententiam retractari posse et appellatione, et novis instrumentis solis post repertis.*
13. *Cur instrumentis solis, non testibus.*
14. *Illa verba L. admonendi*, Sed hæ constitutiones tunc locum habere, *quomodo interpretanda.*
15. *Necessarium jusjurandum quo remedio, et intra quæ tempora retractare liceat.*

DE vi duorum generum iurisiurandi dictum est, voluntarii et iudicialis, idest, ut planius dicamus, de vi iurisiurandi, quod a parte parti delatum est, alias extra iudicium, alias in iudicio: quorum illud voluntarium, hoc iudiciale vulgo nominatur. Superest de vi tertii generis cognoscamus, idest, de vi necessarii iurisiurandi: sic enim vocant id, quod in iudicio a iudice solo defertur. † De cuius 1
natura ne prius quæratur, quam constiterit id receptum esse, ante omnia sic habendum est: non solum inter litigantes negotium transigi posse iureiurando; sed etiam

tiam per iudicem iureiurando rem decidi posse ut est in *L.* 3. *C. eod.* Per iudicem, inquam, ita, ut ille uni ex litigatoribus deferat iusiurandum invito altero, tum deinde exacto iureiurando, secundum eum iudicet, qui iuraverit, ut declaratur in *L. admonendi*, *hic.* Jus receptum [1] non edicto, ut est vis ea, de qua postea dicturi sumus; sed constitutionibus, ut indicat *d. L. admonendi.* Quo recepto, statim nova hic species facile se ostendit: sic enim intelligimus commune esse ad vim omnis iurisiurandi, ut iurare oporteat conditione delata, quod exigitur edicto prætoris; verum in deferentibus hoc esse discrimen, quod interdum a litigatoribus defertur, nonnunquam a iudice. Deferuntur superiora genera duo a litigatoribus: certe deferuntur litigatorum consensu: cum etiam iudiciale quod diximus, quamvis iudicis verbis delatum, non tamen deferatur, nisi postulante et prius deferente eo, ad quem ea res pertinet. A iudice solum proficiscitur id, de quo nunc agimus: Ex quo primum horum generum discrimen apparet: discrimen tamen eiusmodi, quod si solum esset, nihil faceret ad hoc genus distinguendum a iudiciali superiore. Dici enim posset omne iudiciale pariter ratum esse. Deferri quidem id a iudice, alias postulante uno ex litigatoribus adversus quem iuratur, nonnunquam etiam invito eo: sed utrum fiat, nihil interesse. Nunc autem ut in eo, quo per iudicem res deciditur, alius est qui defert, iudex: ita et hoc ipsum longe dissimili conditione et potestate habetur, quam superiora. Quare merito hoc tertium genus facimus, secernimusque a prioribus. De cuius iure ita recte constare poterit, si per eosdem illos locos ibimus, qui horum generum naturam continent: ut videamus hic quoque, quibus conditionis servetur hoc genus; quis sit servandi modus; quæ vis huius iurisiurandi, et quousque progrediatur.

2 † Conditiones cum superioribus generibus communes hæ sunt. In primis iurari oportet, ut sit iusiurandum, quod servetur. *L. admonendi*, *hic.* Sed et iurari oportet alio deferente, nempe iudice. Semper enim illud tenendum est, iniquum esse quemquam in re sua testem aut iudicem fieri invitis iis, penes quos decidendæ rei potestas est. *L.* 3. *hic. L. nullus*: *infr. de testib. L. Julianus ait*, *supr. de iud.* Ideo nec revocari iusiurandum oportet, quod revocatum pro delato non habetur. Et quoniam exigimus, ut iuretur delata conditione: fit, ut ex hac quoque delatione iurari oporteat. Quod in eo est, ut iuretur in eadem verba, quæ iudex præibit, et iuretur statim. Quæ ante a nobis sunt exposita, sumunturque prope omnia ex sententia et interpretatione edicti. Hoc amplius, quia defertur præcipue hoc iusiurandum in lite et iudicio: etiam maxime [2] præsente iudice præstari debet, ex *L. generaliter*, *vers. omne igitur*, *C. eod.* Duo sunt in potestate iudicis propria huius generis, cum de deferendo, remittendove iureiurando agitur. Nam in his sacramentis, quæ a litigatore deferuntur, potestas est litigatori, ut videtur, et cum videtur, iusiurandum deferendi, sive aliæ probationes non suppetant, sive idoneæ suppetant: quippe dominus est, qui defert. Licet autem cuique paciscendo et transigendo iuris sui persecutionem deteriorem constituere, si cui modo rerum suarum administratio iure adempta non sit. *L. pactum*, *supr. de pact.* §. 1. *Inst. quib. al. li. vel non.* Sed et cum detulerit iusiurandum, si videt adversarium id suscipere, et iurare paratum, potest ei iusiurandum remittere, ut non minus prosit illi hæc remissio, quam si iurasset. *L.* 5. §. *ult. et L.* 6. *hic*, *L. actori*, *C. eod.* Utrumque aliter in eo iureiurando, quod iudex auctoritate sua exigit. Nam neque pro arbitrio deferre id iudex potest: et cum detulerit, non potest id remittere; ut ex ea remissione lis decidatur. Neque enim iudex dominus est litis, ut liceat ei de re statuere, ut vult. Judex est, ut pro officio iudicet, idest, re cognita ius dicat, seu dicat quod legibus et moribus proditum est. *Inst. de off. iud. in pr.* Res ei denique pro officio cognoscenda committitur, non perdenda. *L. iudices*, *C. de iud. L. cum*

1) Diss. Theod. Marcil. *in L.* 12. *tab. Collect. et Interpret. C.* 72. *p.* 265. *ac seq.* jusjurandum hoc atiquum statuens. Quod prætor in caussis dubiis *ut d. L.* 1. *L.* 31. *D. h.* detulerit. Quales caussæ depositi sine arbitriis, ut Cic. *Parad.* 3. Terent. *Phorm.* 1. *Sc.* 2. Juvenal. *Sat.* 13. Et ita accipi *Nov.* 73. *C.* 4. qua depositario neganti defertur jusjurandum. Atque huc respici putat, cum apud Plaut. *Curcul.* 5. *Sc.* 3. res apud prætorem solvi dicitur (confer Tauman. *ad d. locum* Plauti) item cum creditum abjurare legimus Cic. 1. *Ep. ad Att.* 6. Eodemque refert illud Persii *Sat.* 4.

Si puteal multa cautus vibice flagellas.

(quæ tamen alio sensu donat Casaubon. *in Comm. ad* Pers. *ibid.*) Hoc denique proprie judiciale vocari censet: Quæ eadem Rhadamanto via expediendarum litium visa fuerit.

2) Item adversario. Quem et hic citari oportet, ut veniat et jurare videat, ut recte Stiat. *Obs. Pract. C.* 20. *n.* 10. Gail. 1. *Obs.* 108. *n.* 8. Follet. *ad Marant. P.* 6. *Actu* 9. *h. t. n.* 11. Meuo *Arb. Ca.* 264. *n.* 27. Beust. *ad L. admonendi* 31. *h. t. n.* 443. *et seqq.* licet ratio ejusdem, quia hæc delatio non ex officio judicis fiat, sed ad partis petitionem, non probanda ut *infr. N.* 22.

hi, §. *si prætor*, *supr. de trans.* Jusiurandum autem uni ex litigatoribus deferre invito altero, ut secundum eum iudicetur, qui iurarit, idque facere nulla iusta caussa exigente: hoc maxime est rem non cognoscere, sed perdere. Idemque est, et si iurisiurandi gratiam faciat, ubi iusiurandum exigere iubetur. Merito igitur hæc potestas iurisiurandi deferendi in iudice certis legibus inclusa est, ne extra has ille iniuriam

3 faceret. † Conditiones ad deferendum tres sunt: ut deferat in [3] inopia probationum: ut non in omni inopia, sed in dubiis caussis: ut cum deferendum erit, deferat caussa cognita. Primum placuit eum iureiurando exacto rem decidere posse in inopia probationum, ut expressum est rescripto Diocletiani et Maximiniani in *L.* 5. *C. eod.* ut sit hæc conditio ad rem hoc iureiurando decidendam, si caussa laborabit inopia probationum, idest, si is qui probare debet, nihil idoneum adferat, quo iudex ex fide eorum, quæ probantur, secundum eum iudicare debeat. Proinde actore solo recte probante, aut intra iustam dilationem probare parato, iudex hac decisione non utetur. Quod recte placuit. Probationibus enim suppetentibus iusiurandum alteri parti deferre, ut secundum eum iudicetur, aut supervacuum est, aut iniquum. Si actori probanti defertur, supervacuum: quia et sine iureiurando satis probatum est, ut secundum eum debeat iudicari: nec eius iusiurandum quod invito adversario defertur, quidquam ad idoneam probationem adiecerit. Sin actore probante defertur reo, ut secundum eum iudicetur, idest, ut absolvatur: aperte iniquum et contra formam iuris, cum convictos iure condemnari conveniat. *L. negantes*, *C. de ob. et act.* Quod secus est, cum probationes deficiunt. Neque enim supervacuum est iusiurandum ad movendum animum iudicis, ubi non est alia probatio, quam is sequatur: et potest tum iusiurandum ita deferri, ut lata secundum eum qui iuravit sententia, res iniuria careat. Recte ergo ante omnia ad huius iurisiurandi delationem inopia probationum exigitur. Sed an quævis inopia huiusmodi ad eam rem sufficit? Et quod ad explicationem superioris rescripti Imperatorum diligenter notandum est, non in quavis inopia probationum locus est huic decisioni: tunc enim non est, cum actor non probavit. Nusquam quidem id diserte iisdem verbis scriptum legimus; sed aperte hæc vis et sententia est eius regulæ, qua traditur, actore non probante reum obtinere, etsi nihil ipse præstiterit, *L. qui accusare*, *C. de eden.* Sicubi probationum inopia est, ibi est maxime, ubi actor cuius est probandi onus, non probat: sive quod nihil adferat ad probationem, sive quod non satis. Atqui superiore regula efficitur, in ista inopia non posse iudicem deferre iusiurandum alterutri ex litigatoribus, ut secundum eum iudicet, qui iuravit. Non enim certe actori deferet, ut secundum eum iudicetur, idest, reus condemnetur; quia regula hunc absolvi iubet. Sed nec deferet reo, ut non aliter eum absolvat, quam si ille iuraverit: vult enim regula non solum eum absolvi, sed etiam absolvi, quamvis nihil præstiterit. Et quidem absolvi reum, iureiurando prius ab eo exacto, iniuriosum est: quoniam sine iureiurando si absolvatur, caussa postea sub obtentu novorum instrumentorum retractari non potest, *L. Imperatores*, *infr. de re iud.* quod non item ei tribuitur, si iureiurando illi delato secundum eum iudicetur. *L. admonendi*, *hic.* Et in hanc sententiam omnes interpretes consentiunt.

Sed videamus, ne ita sententia non conveniat cum rescripto superiore, quo de ista inopia cavetur, idest, *d. L.* 3. *C. eod.* Ac primum cum dicamus non in omni inopia probationum posse caussam per iudicem decidi iureiurando: an non hæc sententia pugnat cum rescripto, quo generaliter et indistincte, de ea inopia scriptum est? Minime. Nihil enim illic definitur de ea inopia; aut si quid: definitio non est generalis. Sic verba sunt rescripti: *inopia probationum, per iudicem iureiurando caussa cognita res decidi oportet.* Observandum est, non dici simpliciter rem decidi oportere in inopia probationum: quod si fieret, generalis esset definitio, omnem inopiam huius generis continens, unde nulla inopia satis commode exciperetur. Arg. *L. metum autem*, §. 1. *supr. quod met. cau.* *L. item veniunt*, §. *petitam*, *vers. a quo*, *supr. de pet. her.* Sed dicitur, in hac inopia, oportere rem decidi, caussa cognita. Quo significatur, si quando inopia probationum res iureiurando decidenda est, id faciendum esse, *caussa cognita*: ut definitio rescripti non sit, quando res decidenda sit iureiuran-

3) Plane Hippol. a Marsil. *sign.* 322. Casum singularem notat, quo post plenam probationem hoc deferatur. Veluti ait, si probavi perfecte me mutuo dedisse, sed non probata quantitas. Potest jusjurandum deferri ratione quantitatis, ut tamen judex id moderari possit juxta illud quod verosimile videtur. Et hanc opinionem communem esse post Eman. Suar. *in Thesauro sent. v. creditor* testatur Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 18. cujus fundamentum sit in *C. ex literis* 32. *extr. hoc. tit.*

rando, sed cum decidenda erit, qua circumspectione, seu quo observato sit decidenda. Hac conditione, cum inopia probationum res iureiurando decidenda erit, nihil affirmatur statuiturve de eo, quando id faciendum sit, semperne et in omni inopia; an quandoque et in aliqua inopia certa. Conditio enim nihil statuit. *L. si quis sub, infr. si quis omis. cau. test.* Ita utrum horum sit, dubium relinquitur. Dubitatio ad eos locos, in quibus id declaratur, ut ad regulam suprascriptam remittenda est. Sed etsi definiretur illis verbis, oportere rem per iudicem iureiurando decidi *in inopia probationum*: tamen cum adiicitur, *caussa cognita*, hoc ipso satis definitionem temperari intelligeremus, ut non deberet decidi in omni inopia: quoniam huius cognitionis pars est, videre ex aliis partibus iuris, in qua inopia decidi iureiurando res possit, in qua non possit. Hactenus igitur superior regula rescripto priori nihil adversatur. Sed esto: recte, nec repugnante illo rescripto dicatur, non in omni inopia probationum posse rem per iudicem iureiurando decidi: attamen cum ad speciem eius inopiæ venientes, dicimus eam inopiam esse, cum actor non probat; an non hic maxime rescripto adversamur? Imo vero non tam hoc videtur rescripto illi adversari, quam rescriptum ipsum, et totum istud necessarium iusiurandum tollere. Etsi enim rescriptum non significat litem per iudicem decidi debere iureiurando in omni inopia probationum: tamen hoc saltem efficit in aliqua inopia ita decidi posse et debere. Alioqui stulte diceret, cum inopia probationum res iureiurando per iudicem decidenda est, id fieri debere, caussa cognita. Hac autem inopia probationum sublata, cum actor non probat, quæ inopia alia relinquitur, in qua decisio hæc locum habeat? Quod si nulla est: an non priore illa inopia sublata, aperte et rescriptum illud, et L. *admonendi*, et breviter tota hæc potestas rei per iudicem iureiurando decidendæ tollitur? Sane vero tollitur, si nulla alia est inopia probationum: quod et omnes interpretes fatentur. Ideo cum illis aliam esse dicimus, in qua ius superius consistat: tantumque hoc superest, ut quænam ea sit, quæratur. Sed hinc difficultas nascitur, quod quænam sit, facile statui non potest. Et vero illa 4 vulgo allata et probata est, quæ si verum amamus, nullo modo potest defendi. Opponitur nobis hoc dilemma: aut actor probat, aut non probat. Si probat: vincit sine ullo iureiurando: reum enim convictum damnari oportet. *L. negantes, C. de ob. et act.* Si non probat: et sine iureiurando reus absolvi debet ex regula superiore. *d. L. qui accusare, C. de*

4) Ita omnes DD. tradere scribit Beust. ad *L. admonendi* 31. *h. t. n.* 177. intellige antiquos. Ac certe si vel hæc opinio jure non niteretur, vel etiam juri adversa esset, ut Donellus et alii quidam: quia tamen usu judiciorum perpetuo et notissimo ubique increbuit, vel ipso impugnante licet Ant. Fabro 19. *Err. Prag.* 1. *et in C. suo hoc tit. passim* teste, quin jus non scriptum jamdiu effecerit, ambigendum nulli foret. Unde Forst. *de Jurisd. Rom. P.* 2. *lege Numæ.* 3. *Regula* 3. *n.* 57. a divisione hac recedentem comparat ei, qui symbolo fidei relicto novam fidei formam extruat. Et immo vulgata illa probationis in plenam et minus plenam divisio, ac sententia quod hæc jurejurando necessario suppleatur, jure non ignota videtur. Quam et probant Ang. Matthæac. *Lib.* 2. *de Via juris C.* 9. Curt. 2. *Coni. ad* Viv. 18. Forst. *d. loc. n.* 57. *et n.* 61. *ac seqq.* Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 18. Myns. *ad Rub. extra de probat. n.* 44. *et seqq.* Zoanet. *ad L.* 4. *C. de edendo n.* 26. *et seqq.* Beust. *ad L. admonendi* 31. *hoc tit. n.* 431. *et n.* 938. *ac seqq.* Borch. *h. t. C.* 8. *n.* 59. *et seqq.* (ex quo pleraque transcripsit, ceu solet, Setser. *Lib.* 4. *C.* 10. *et C.* 12.) Coras. *ad d. L.* 31. *P.* 2. *n.* 85. *et seqq.* (etsi ipse sibi non constare videatur *ibid. P.* 3. *n.* 31. *ac seq.*) Nec alienus videtur Cujac. 22. *Obs.* 28. *in fi.* verbis : *sed ancipites, aut parum idoneæ et* 4. *Feud.* 36. Eaque sequentibus confirmatur. (1) Quia jurijurando huic necessario non alio casu locus esse potest. Nam Duareni et Donelli expositio *d. L.* 31. *D. et L.* 3. *C. h. t.* non consistere potest, ut *infr. N.* 16. (2) Quia ut ostendit Matthæac. *d. C.* 9. *n.* 11. tres gradus sunt quibus acquiritur scientia, aut potius firma assensio in animo judicis. (1) Levis suspicio. (2) Vehemens, quæ inducit opinionem. (3) Plena quæ satis persuadet. Confer. Coras. *in d. L.* 31. *p.* 2. *n.* 59. *et seqq.* Unde Beust. *d. n.* 938. triplicem probationem statuit: Plenam, semiplenam, et quæ nec semiplena: Quæ etsi non locum dat huic juramento, ut suppleatur ab eo, cujus probatione solum suspicio contra adversarium orta; attamen juramentum purgationis huic deferre potest, ut *supr. C.* 2. *N.* 2. Bipartito ita licet dividere. Alia perfecta alia imperfecta. Hæc vel propior illi, quæ perficitur jurejurando hoc, vel remotior, quæ non item. Utraque tamen apta est, aliis junctis, perfici, *L.* 3. §. 2. ibi, *veluti consentiens fama D. de testib.* Et si recte rem perpendimus, perfecta quidem etsi variis rebus effici potest, ad effectum tamen fidei judici faciendæ uniusmodi fere; (nam quod accedit abundat) imperfecta autem pluribus modis in eo variat. Nam et major semiplena esse potest, et quæ proxime absit a perfecta. Veluti duo testes ; unus fidei satis spectatæ, alter non plane omni exceptione major, suspicione tamen non gravi laborans. (3) Ex *d. L.* 3. §. 1. verbis, *scire potes quanta fides habenda testibus*, constat fidem quæ fit judici, recipere intentionem et remissionem, et modo plenam esse, modo non; modo majorem, modo minorem, pro genere probationem dispari. Item *d. L.* 3. §. 2. quæ argumenta *ad quem modum* probanda cuique rei *sufficiant.* Quare uti fides et assensus modo plenus et integer, ut firma persuasio; modo imperfectior, ut in opinione dubitationem adjunctam habente; ita et probatio, argumentum faciens judici fidem. (4) Ex *L.* 5. *ac seq.* C. *de probat.* satis constat plures probationes imperfectas, etsi diversi generis, conjungi et ita firmum assensum mereri posse. Inconvincibile ergo easdem per se quoque et seorsim subsistere: alias nec jungi possent. (5) Quin et in criminalibus indiciorum habetur ratio, quæ imperfecte probant *L.* 22. *C. de fals.* et inquiritur de aliis vestigiis veritatis *L.* 5. §. 6. *de re mil. L.* 16. *C. de pœn. et simil.* Nec unquam alias torturæ locus. (6) Ex *C. ult. in fi. extr. h. t. de jurejuran.* actori quoque juramentum defertur, si præsumptio pro eo, si aliæ circumstantiæ suadeant. Denique nec rationes contrariæ nimii sunt ponderis, quas ordine refellemus inferius. *N.* 8. etc. ubi et æquitatem ac utilitatem dissentientibus adversari, ac pro nobis facere ostendemus.

C. de eden. Itaque utroque modo iusiurandum tollitur. Nec vero aliud tempus occurrit, cum aliud statui oporteat. Quid hic interpretes? Respondent omissum esse hic tertium membrum; cum actor scilicet neque omnino probat, neque nihil, sed probat semiplene. Admittunt igitur actore plene probante, non esse locum isti decisioni, quam quærimus. Ne tunc quidem locum esse, cum actor non probat, ut superior regula loquitur, idest, ut intelligi volunt, cum omnino nihil probat, seu cum nihil omnino adfert ad probationem. Sed superesse dicunt tertium tempus, atque hanc alteram inopiam probationum, cum actor probat non plene, seu cum semiplene probat: veluti, cum testem producit, [5] idoneum quidem, sed unum tantum, non plures: cum ius ut minimum ad fidem faciendam duos exigat. **L.** *ubi infr. de testib.* In hac vero semiplena probatione locum dant superiori decisioni, deque ea inopia et L. 3. *C. eod. et L. admonendi, hic*; interpretantur. Quod ea ratione defendunt, quia qui semiplene probat, non possit dici non probare, cum probet aliquid, etsi non plene. Ex quo illa perplexa, et tam multis vexata quæstio apud illos, quæ sit semiplena probatio, et quibus [6] rebus inducatur: ut cum illæ præcesserint, possit actori deferri iusiurandum a iudice, quo secundum illum iudicetur, cum iuraverit: cumque de ea multa scripta sint, nondum tamen inter eos, quid esset ista probatio, potuit constare. Atque hæc summa est et una prope omnium sententia de hac decisione. Quid ergo, si ne in ista quidem inopia semiplenæ probationis potest lis per iudicem iureiurando decidi, non magis quam cum actor omnino nihil attulit ad probationem? Non modo istorum solutio, et disputatio omnis de semiplena ista probatione evanescit; sed una etiam obiectio superior confirmatur, atque adeo ipsorum quoque sententia redit eo, ut nusquam isto iureiurando possit lis decidi per iudicem: quoniam actore probante hanc decisionem repudient; in inopia autem probationum nullam inopiam huiusmodi agnoscant præter has duas, cum actor omnino non probavit, et cum probavit semiplene.

Atqui quod † ad refellendam istam sen- 4
tentiam vulgarem necessario dicendum sit: certo statuendum est [7] non magis in semiple-

5) Ubi in persona testis requiritur ut integræ fit existimationis, ac omni exceptione major, suspicione vacuus. Sichard. ad *d. L.* 3. *C. h. t. n.* 13. *et seqq.* Coras. *ibid. Part.* 3. *n.* 36. Beust. *ibid. n.* 1127. *et seqq. et* Gilken. *n.* 13. A. Fab. *C. suo h. t. Defin.* 4. *et Defin.* 30. Seraphin. *Privil. juram.* 33. Ubi *n.* 50. *et seqq.* hanc qualitatem probandam esse docet. Licet enim alias, inquit, bonus quilibet præsumitur, non tamen omni exceptione major, neque etiam bonus omnino, cum de alterius præjudicio agitur *C. cum in jure* 31. *de off. deleg.* Et hæc quoque ante eum, mire commendans prodidit Zuchart. *de Miss. in possess. ex L. fin. C. de ed. D. Adr. toll. n.* 110. *et seqq.* Quod si obtineri in foro potest, maxime notabile est. In persona producentis, ne præsumptione contraria, vel minima oneretur. Vid Beust. in *d. L. admonendi n.* 1149. Myns. 5. *Obs.* 68. Marsil. *Sing.* 451. Cravet. *de Antiq. temp. P.* 1. §. *ult. n.* 29. Curt. 2. *Coni. ad Viv.* 18. Ant. Fab. *C. suo h. t. defin.* 4. *et defin.* 44. *n.* 13. Meno. *Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 83. *n.* 1. Confer idem *d. Lib.* 1. *Q.* 32. In caussa et negocio, ut et duo testes ad plenam probationem in eo sufficiant. Non si id plures exigat, Coras. in *d. L. admonendi* 31. *P.* 3. *n.* 39. Quod tanto minus dubii habet si ad solemnitatem plures lex requirit. Quare nec duobus vel tribus testibus testamentum semiplene probatur, ut Coras. *ibid.* Imo ne (6) quidem efficient huic delationi locum. Sed et ubi duo solum testes, sed pro forma requiruntur, unus nil prodest. Herculan. de *Probanda negativa n.* 280. Nec natura ejus ea sit, ut plures facile haberi ac produci possunt. Veluti si de fama, consuetudine, notorio, valore rei et id genus aliis probandis agatur. Coras. *d. n.* 39. Beust. *ibid. n.* 36. *et seqq.* Seraphin. *Privil. juram.* 33. *n.* 27 Janin. *Lib.* 1. *de Citat. reali C.* 1. *n.* 25. *et seq.* Denique in ipso dicto ac depositione, ut sit verosimilis, non remota a natura negotii. Rudolph. Volckmar. Hess. *Pract. Concl. de testib. Cent.* 5. *Concl.* 85. *n.* 61. ut directo super ea re, nec de ejusdem indicio aliquo fiat, ratione vera ac concludente reddita: veluti quod interfuerit, cum mutuo daretur, numerari viderit. Non si audivisse se dicat confitentem, aut scire se quod vicinius sit, aut cognatus. Quod declarantem vid. Beust. *d. loc. n.* 1141. *et seqq.*

6) Plerisque hæ referuntur. (1) Unus testis juxta ea quæ *N. præced.* Nam si duo, plenam fidem faciunt; unus semiplenam, quia idem jus partis, quod totius, Ita DD. vulgo, Cravetta de *Antiq. temp. P.* 1. §. *propositum n.* 32. Beust. ad *L. admonendi n.* 1128. *et seq.* Sich. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 14. Gilken. *ibid. n.* 13. Forst. de *Jurisd. Rom. P.* 2. *lege Numa* 3. *n.* 61. Colleotio vitiosa, ait Cujac. ad *C. licet* 23. *de testib.* Perinde ac hæc: Numerus incipit a duobus. Ergo unitas est seminumerus. Sed nec hæc belle convenire videntur, nec rite a Cujacio sit collatio. Neque enim DD. vocant semiprobationem aut dimidiatam, sed semiplenam. Numeri sane quævis pars est numerus, modo numerari possit, nec multitudinem aliquam habeat, cui unitas opposita. Licet Alberic. Gentil. *Lect. Virgil. Cap.* 6. nec binarium pro primo numero agnoscat, sed ternarium. Probationem autem vere dici posse, etiam quæ plene non convincit, ex ante dictis liquet. (2) Duo testes non omni exceptione majores, Seraphin. *Privil. juram.* 33. *n.* 48. item si unus perfecte idoneus, alter non item, licet hic probatio semiplena major. Unde aptius dici, probationem imperfectam ostendi, *supr. N.* 4. (3) Scripturæ privatæ. (4) Comparatio litterarum. (5) Confessio extrajudicialis. (6) Fuga, de quibus exactus tractare loci præsentis non est. Vid. de iis Coras. ad *L. admonendi*, *P.* 3. *n.* 30. *et seqq.* Beust. *ibid. n.* 940. *et seqq.* Myns. ad *Rub. extra de probat. n.* 44. *et seqq.* Sichard. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 13. *et seqq.* Gilken. *ibid. n.* 10. *et seqq.* Damhuder. *Prax. Civ. C.* 180. Forst. *de Jurisd. Rom. P.* 2. *lege Numæ.* 3. *n.* 61. *et seqq.* (7) Fama. Beus. *d. loc. n.* 80. *et seqq.* Myns. *d. locum.* 47. Forst. *n.* 78. *et seqq. etc.* Verum eam non vere, sed præsumptive semiplenam probationem esse, adeoque adjuvantem potius et ideo non locum facere huic jurameato. Seraphin. in *d. Privil.* 33. *n.* 39. *et seqq.* Benekendorf. in *addit.* 3. *ibid. n.* 43. *et seqq.* (8) Præsumptio gravis. Quæ num probationis species sit, hic non contendo. Modo id concedatur, similem in eo esse semiplenæ, ut ea munito jusjurandum hoc recte deferatur. De quo consule Menoch. 1. *Præsumpt. Q.* 82. Sich. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 12.

7) Ita et Don. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 4. *et* 5. *et ad L.* 4. *Cod. de ed. n.* 10. Cui consentiunt Duar. 2. *Disp.* 33. *in Prior. Com. h. t. C.* 30. *et in Poster. C.* 7. Bronch. 2. *Enant. Ax.* 93. Ant. Fab. 19. *Err. Prag.* 1. Quo et propendet Pinel. in *L.* 2. *C. de resc. vend. P.* 3. *C.* 4.

plena ista probatione, quam vocant, posse res decidi per iudicem iureiurando, quam tunc cum actor nihil contulit ad probationem. Neque ad id statim evincendum alia re magnopere opus est, quam ea ipsa regula superiore, qua ad removendum iusiurandum in altero genere utuntur. Cur enim volunt rem isto modo decidi non posse, cum actor, ut loquuntur, omnino nihil probat, idest, ut sentiunt, nihil plane adfert, quod conferre possit ad probationem? quia verba regulæ ita sunt, actore non probante reum obtinere: his autem verbis, *actore non probante* continetur is, qui omnino nihil probat. Si hoc ita est, ut concedendum est omnino: dicendum est ex eadem regula nec tunc ei decisioni locum esse, cum actor semiplene probat: quia et eum qui plene non probavit, pariter verum est non probasse: et, si amplius quærimus, pariter verum est nihil probasse. Quid est enim [8] probare? non quidvis dicere aut facere, ut probes; sed legitimis et iure proditis modis fidem facere. *L.* 4. *L. cum res, C. de prob. L. cum citra, C. de iur. dot.* ut, si rationibus quid colligas, argumentum sit eiusmodi, ex quo id quod concludere vis, necessario consequatur. *L. neque, C. de prob.* Si probatio sit in testimonio, instrumentis utaris aut testibus. *L.* 1. *C. de testib.* Instrumenta sint indubitata. *L. ult. C. de prob.* Testes conditione personæ idonei. *d. L. ult. C. de prob. L.* 2. *L.* 3. *infr. de test.* numero plures, ac cum minimum duo. *L. ubi, infr. de test.* Proinde qui hæc non præstitit, is iuxta definitionem absolute non probavit. Nec minus verum est, eum plane nihil probasse: quidquid enim iure fieri debet, si id ita factum non est, ut ius præscribit, quantumvis aliquid feceris: quia vitiose factum est et contra ius, ubique pro nullo, proque infecto habetur. *L. non dubium, C. de legib. L. quoties, supr. qui satisd. cog.* Id speciebus propositis magis intelligetur. Propone aliquem producere testes, sed domesticos, aut pecunia corruptos, aut alia suspicione laborantes. Tam hic non probavit, quam si nullos produxisset. *L.* 3. *in pr. infr. de testib.* quippe ius exigit idoneos. *d. L. ult. C. de prob.* Propone testem esse productum, et eum omni exceptione maiorem: sed unum tantum, cum lex exigat saltem duos. Nihilo plus egerit hac productione actor, quam si nullum produxisset, eoque omnino hoc facto nihil probavit. Quid enim, si hic nullum produxisset? Omnes eum concederent nihil probasse. At unum testem perinde lex habet, quasi nullus esset productus: unius enim testimonium non solum admitti, sed etiam [9] omnino audiri vetat. L. *iurisiurandi, C. de test.* Neque vero certius argumentum est, istam quam vocant semiplenam probationem, non esse probationem, quam quod ab illis dicitur semiplena. Quid est enim [10] semiplena, nisi non plena et imperfecta probatio? Quidquid autem iure imperfectum est, nec factum intelligitur, certe tam iure non valet, quam si omnino factum non esset: usque adeo ut apud iuris auctores imperfectum et inutile pro eodem usur-

n. 13. ac Coras. in *L. admonendi* 31. *h. t.* Qui licet doctrinam nostrorum de semiplena probatione pluribus pertractet, tamen *ibid. P.* 3. *n.* 31. *et* 3. *seqq.* ab interpretibus, ut pleraque, confictam censet. Sed et Gilken. ad *tit. C. de probat. in Prælud. n.* 16. Semiplenam, quæ dicitur in eum gradum non assurgere, ut probatio dici mereatur. Sed hic, opinor, quoad rem ipsam et effectus quæ isti tribuuntur a DD. vulgo, non dissentit; alias et sibi ipsi adversatur, ut ad *L.* 3. *C. h. t.* Solum de appellatione illi contentio videtur. Rationes Donelli ordine expendamus.

8) Ita Gilken ad *tit. C. de prob. in Prælud. n.* 16. Id probatum quod jure definita ratione probatum Arg. *L.* 4. §. 6. *de re jud. et simil.* Et sicuti is nullum balneum aut studium tradidit, qui rei propriam formam non dederit, ita nec qui aliquem gradum probationis constituit. Sed resp. Hæc argumentatio velut principii laborat. Id enim ipsum est, de quo contenditur, anne omnino jus præscribat, ne quidquam in judiciis admittatur, nisi ex quo uno solo perfecta rei gestæ fides astruatur. Qua ratione non aliæ rationes audirentur, nisi quæ seorsim per se quæque essent quasi apodicticæ, non alia instrumenta, nisi ubi per se quodvis sufficeret. Ast jure, immo contra cavetur. Nam et instrumenta domestica et privatæ testationes ac rationes non repudiantur, modo aliis adminiculis juventur *L.* 5. *et* 6. *C. de prob.* et ut *ibid.* non sufficiunt solæ; sufficere itaque possunt, aliis junctis.

9) Ita et A. Fab. 19. *Err. Pragm.* 1. Sed Resp. Non auditur: non quod judex ob singularitatem plane arceat, sed quia non is effectus, ut exinde condemnatio sequatur. Nam ratio dubitandi *d. L.* 9. in spectata integritate, ac fide testis. Unius testimonio non est credendum *L.* 20. *de QQ.* perfecte scilicet Credere est plene assentiri. At potest inde suspicio moveri. Nam in *L.* 3. §. 2. *in fin. de testib.* opponuntur: quid aut credas, aut *parum probatum* opineris. Non ideo tamen qui parum probavit nihil egit, licet judex inde non debeat *credere*, seu penitus assentiri. Enimvero hoc dandum, etsi unico teste spectatæ fidei probatio semiplena fiat, ut *supr. N.* 5. Non protinus tamen inde recurrendum ad hoc juramentum, sed et multa alia perpendenda judici discreto: anne actor quoque vir gravis et cui res certo comperta sit, et caussa non adeo ardua; aliasque circumstantias adesse oportet. Unde non obstat quod hoc jurejurando præstito actor ipse vicem alterius testis subire videatur, cum tamen in caussa sua nullus idoneus sit. Quodque absurdum sit, ut qui filii aut domestici testimonio implere non posset probationem eam quæ ex unius testis dicto, impleat suo Anton. Fab. 19. *Err. pragm.* 3. Stringerent hæc, si idem penitus tribueremus huic jurijurando accedenti testis unius depositioni, quod duobus testibus tributum. Ast immo hic plura spectanda. Duo enim testes fidem faciunt in caussa quoque graviori, etiam pro eo qui ipse vitæ non plane probatæ, ac etsi adversa actori præsumptio: quippe quam probatione perfecta vinci certum est. Neque ibi sententia obnoxia retractationi ex novis instrumentis ut hic *infr. h. C. N.* 26. *etc.*

10 Respond. Inutilis semiplena, nec ei vis ad condemnationem, si talis manet. Ast si vel alia juncta, vel jurejurando non suppletorio perficitur, semiplena non est amplius.

usurpentur. Quis testamentum fecit? idem qui perfecit. Imperfectum testamentum iure non est testamentum. *L. si testamentum*, *L. si is qui*, *infr. qui test. fac. pos. L. hac sonsultissima*, §. *ex imperfecto*, *C. de testam.* Quæ est stipulatio utilis? iure perfecta. Imperfecta autem stipulatio eadem dicitur, quam iure pro non facta esse intelligi volunt, eoque inutilem. *L. ita stipulatus*, 115. *infr. de ver. obl.* Sic dicitur imperfecta transactio in *L. in summa*, *in pr. infr. de cond. ind.* Sic imperfecta emptio in *L. in venditionibus*, *infr. de cont. empl.* Quid ergo? inter eum qui produxit unum testem, et eum qui nullum produxit; denique inter eum, qui aliquid attulit ad probationem, quamvis non satis, et eum qui omnino nihil attulit, nihil interest? Sane vero nihil interest: quia uterque pariter non fecit, quod ius desiderabat. Et ideo excutiamus, licet, omnes veterum sententias de probationibus: nusquam tamen, quod sciam, [11] occurret verbum istud semiplenæ probationis: nusquam locus, ubi hæc non iusta probatio vocetur probatio, distinguaturque ab eius facto, qui quovis modo non probavit. Interpretum hæc vox est, quam, dum se difficultate huius loci expedire conantur, excogitarunt: re non minus veteribus ignota, quam verbum apud eos est inauditum. Quare si actore non probante reus omnimodo et sine iureiurando absolvendus est ex regula iuris: omnino id et tunc faciendum est, [12] cum actor plene non probavit: quoniam et hunc iure non probasse verum est. Nihil autem amplius regula exigit, quam ut actor non probarit. Quod si quis his verbis significari putet eum, qui omnino nihil probavit: demus hoc quoque. Sed et hinc etiam in eo, qui plene non probavit, idem faciendum esse colligemus. Nam et hic qui iure non probavit, et cuius imperfecta iure probatio est, plane nihil probavit: quia huius probatio iure perinde habeatur, ac si nihil probasset, nihil egisset denique, ut in omnibus rebus iure imperfectis accidit. Atque hæc ita sunt: etsi de reo omnimodo absolvendo nusquam planius cautum esset, quam his verbis, actore non probante reum obtinere, quamvis nihil ipse præstiterit: quia satis doceatur quovis modo eum non probasse, qui iure et plene non probavit. Nunc autem aliis partibus iuris de eo ita comprehensum est, ut iubeatur reus omnimodo absolvi, si actor intentionem suam non implerit, ut *L. ult. C. de rei vind. L. negantes*, *C. de obl. et act.* Quibus locis omnis tergiversandi causa præciditur. Quid est enim implere intentionem, nisi probationem eius implere? et quid est implere eius probationem, nisi plene intentionem probare, quibus modis iure id fieri receptum est? Quod cum ipsum [13] verbum per se satis indicat, tum aperte probat *L. 1. C. de prob.* ubi non solum ab actore exigitur, ut impleat, cum sit eius plene probare: sed etiam implere intentionem, et eius probationem præstare in eadem re ponuntur. Ex quo apparet superioribus locis hoc dici: actore quovis modo non probante, sive is omnino nihil probet, ut isti loquuntur, sive probet aliquid, sed probationem non impleat, idest, non plenam et iustam adferat, et ut loquuntur, probet tantum semiplene: utroque modo pariter reum absolvi debere, etsi nihil ipse aliud præstiterit. Utque sententia ista de semiplena probatione certa auctoritate superiorum locorum refellitur: ita per se non minus repudianda est, ut inutilis et iniqua. Nam primum quid aliud, quam materiam præbet litibus? Hac enim sententia introducta, licere iudici rem decidere iureiurando, ubi actor semiplene probavit, ut iureiurando ab eo exacto secundum eum iudicetur: statim dicet [14] actor, quodcunque

pro

11) Ita Coras. *ad L. admonendi* 31. *hoc t. Part.* 3. *n.* 31. Et jurisjurandi quoque suppletorii nusquam mentionem fieri Ant. Fab. 19. *Err. Pragm.* 1. Sed prius refellitur satis ex dictis *supr. N.* 4. Ac licet *suppletorium* in jure non usurpetur, res tamen ipsa non ignota. Idem enim est, quod in Rub. *D. h. t.* vocatur necessarium et de quo *L.* 3. *C. h. t.* Sed et *in L.* 1. *D. h. t.* verba *vel ex auctoritate* etc. continent hoc quoque jusjurandum: imo ex quorundam opinione id solum significant, ut Vultei. *Disc. scol. Cap.*. 7.

12) Ita et Duaren 2. *disput.* 33. Sed his facile occurritur ex iis quæ ipse Donell. *ut C. seq. n.* 6.

13) Ant Fab. 19. *Error. Pragm.* 1. Sed Respond. et hic accedente juramento sit plena probatio et impletur intentio, ubi ei qui certis monumentis aut documentis fidem aliquam fecit, judex jusjurandum hoc detulit et id præbitum.

14) Respond. Quasi vero hic multum referat quid actor, vel reus dicant, aut negent. Nec potius sit judicis scire, quanta fides habenda sit, et ex omni sui sententia æstimare, quid aut *credat*, aut *parum probatum* opinetur *L.* 3 §. 1. *et* 2. *de testib.* Ac immo, negata omni vi imperfectæ probationi, summa iniquitas. Ita enim nec diversi generis probationes unquam jungi possent, et perquam rarissime suum actores obtinerent, quin plerique vel in justissima caussa probationum inopia succumberent. Ecce enim frequentissimum est credi pecunias, modicæ præsertim summæ, nudo chirographo accepto. Exinde, reo manum diffitente, non perfecta probatio nisi tres testes adhibiti et comparatio quoque litterarum hic multa requirit. Ea ex Donelli quidem sententia nimis restricta est: de quo *supra ad L.* 20. *et auth. seq. C. de fid. instrum.* Quid igitur si actor homo fidei probatæ, reus forte vilis et levis. Hic chirographum suum negat. Comparatione scripturæ convincitur, probatio hæc imperfecta. Accedat unus testis qui numerari viderit, vel si nec hujus copia, jusjurandum sibi deferri hoc exigit actor. Nonne hic major ratio pro actore, ut præbito sacramento obtineat, quam pro reo, ut tanquam nulla probatio-

pro se attulerit vel levissimum, se probasse semiplene, ut si reus neget, incipiant de eo lites nasci. Quando autem ab istis hæc controversia decidetur, qui tot scriptis nihil adhuc de ea certi statuere potuerunt? nec nimirum: cum non solum nullum sit verbum de hac probatione apud iuris auctores, sed etiam in eo genere res principiis iuris plane contraria inducatur. Eadem sententia semel recepta, magna fenestra aperta est malis et imperitis iudicibus pro libidine pro hoc aut illo pronuntiandi. Quidquid enim pro alterutro allatum erit, semper iudici color paratus est ad iusiurandum illi deferendum: dum dicet eum semiplene probasse, qui revera nihil idoneum attulerit: facileque ei erit in spinosa illa et perplexa quæstione de semiplena probatione latebram sententiæ invenire. Postremo ut maxime semiplena ista probatio de istorum quam apertissima sententia adferatur ab actore: tamen si licet propter eam deferre iusiurandum actori, ut deinde secundum eum iudicetur: non potest, quin circumveniatur ius civile, et reus manifesta iniuria afficiatur. Non enim difficile erit [15] actori reperire unum testem in speciem idoneum, quo producto impetret, ut sibi iusiurandum deferatur, sic deinde pro ipso iudicetur. Quod si fit, aperte fraus fit iuri civili: dum qui eo iure recte vincere non poterat uno teste, *d. L. iurisiurandi*, *C. de testib.* obliqua via consequitur, ut vincat. Sic et fiet iniuria reo: qui cum nisi iustis probationibus convictus non potuerit damnari, hic tamen damnetur non iusta probatione. Neque enim unus testis iure audiendus est, nec iusiurandum actoris adversus invitum pro idoneo testimonio haberi debet: est enim domesticum, cuius fides omni iure improbatur. *L. 2. C. de testib.* Quis ergo locus relinquitur isti decisioni, quam rescriptum superius, idest, *L. 3. C. eod.* statuit? Non relinqueretur ullus, si ut vulgo putant, duæ tantum essent istæ species inopiæ probationum, cum actor nihil omnino attulit ad fidem faciendam, et cum attulit, sed quod jure non sufficeret, ut satis docuimus. Sed est tertium genus hujus inopiæ, quod istos fugit. Male enim concesserunt tunc non posse rem decidi jurejurando per judicem, cum actor
probavit. † Tunc quidem non potest, cum 5
actor solus probavit: ubi necesse est reum, qui ad defensionem nihil attulit, idonee convictum damnari: cujus rei rationem supra reddidimus. Sed est tempus, cum actor probet, et plene probet: verum non solus; sed contra pro se reus, nec minus plene, ut sic efficiatur par utrinque probatio. Finge hoc modo: Actor intendit se Calendis Januariis Romæ decem mutua dedisse Titio, et probat idoneis testibus. Titius contra contendit se eo die alio in loco fuisse, et in eam rem producit itidem testes idoneos, quantum satis est. Hic vero exsistit tertium illud genus, quod dicimus. Facit enim hæc paritas probationum, ut non minus caussa laboret inopia probationum, quam si nihil probatum esset: cum unius probatio alterius quodammodo probationem excludat. In hac demum inopia locum habet, quod præcipitur, ut res per judicem jurejurando caussa cognita decidatur. Et vero, prioribus sublatis, in alia consistere hæc decisio, aut de alia intelligi *L. 3. C. eod.* non potest. Id primus cum viderit, et docuerit Franciscus Duarenus, cujus exstat de hac re interpretatio [16] *Lib. 2. Disput. anni. cap.* 33. magnam illi ingeniosæ et veræ commentationis, ut et aliarum infinitarum laudem et gratiam deberi arbitror. Ac cur in prio-

ne convictus absolvatur, etc. Quid item si præter comparationem adsit confessio extrajudicialis, itemque alia præsumptio pro actore; nonne æquius est, quæ per se singula non prodessent, ut juncta probent; quam ut reus, vel nullo contra præstito, vel etiam ei prius delato juramento, si levis sit et facile pejeraturus, absolvatur.

15.) Ita Coras. *ad L.* 31. *h. t. P.* 3. *n.* 32. Sed Resp. hoc jusjurandum non in omnibus caussis receptum, non in omni litigatore, sed et plura requiruntur, in persona et caussa ut deferri possit, vid. *supr. N.* 5. *et infr. N.* 22. Nec idem consequitur, suo solum facto et voluntate, dum se ad jusjurandum offert, sed judicis officio, qui circumstantiis rei probe perpensis non cuivis, nec temere deferre debet *C. ult.* §. *extra hoc tit.*

16) Et in Prior. *Comm. hoc tit. C.* 30. *et in Poster. C.* 7. et probant Bronch. 2. *Ax.* 93. ac Anton. Fab. 19. *Err. Pragmat.* 1. Sed hæc expositio iuri plane adversa sententiam falsam continens. Nam immo hic sententia pro reo etiam citra iusiurandum medium ferenda *C. ex literis* 3. §. *ult. de probat. C. inter dilectos* 6. *de fide instru.* Reo enim æque perfecte probante obiectu contrariarum probationum, se mutuo quasi elidentium, res eo redit, ac si neuter quidquam probasset. Argum. *L. ubi pugnantia* 188. *de reg. iur.* Proinde absolvi hic reum debere magno con sensu nostri docent. Post plures relatos Vivius ita indicatum testans. *Lib.* 2. *Decis.* 236. *n.* 4. Vasq. 2. *Controv. Usufreq.* 30. *n.* 12. Menoch. 1. *Arch. Quæst.* 6. *et* 2. *Arb. Casu* 98. *ac.* 2. *Præsumpt.* 72. *n.* 13. Fr. Herculan. *Tractat. de probanda negativa n.* 74. *et seq.* Trentacinq. 2. *pract. Resol. tit. de probat. Resol.* 2. *n.* 23. Schrad. de *Feud. part.* 6. *Sect.* 20. *n.* 204. Rulant. de *Commissar. part.* 1. *Lib.* 2. *C.* 19. *n.* 13. Matth. Wesenbec. *Consil.* 13. *n.* 3. *et* Petr. Wesenbec. nominatim Donellum refellens *Consil.* 28. *n.* 7. Meichsner. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 7. *n.* 13. *Tomo* 2. *Lib.* 1. *Decis. ult. n.* 2. et paulo post citati. Ac ratio evidens, cum generale sit in pari caussa promptiora iura esse ad liberandum, vulg. LL. Quod et Aristot. *Problem. Sect.* 29. *Q.* 13. scite comprobat. Ut mirari subeat, qui ista adeo valde improbabilis opinio probari tantis viris potuerit. Qui vel ex suis satis traditis confutantur. Nam si ubi actor uno teste probavit et reus nihil, hic absolvendus, ceu illi volunt; magis quando actor duobus, et reus totidem. Quin immo etsi actoris probationes in aliquo excedant, adhuc pro reo pronunciandum. Menoch. *Arb. Cap.* 98. *n.* 4. et seq. Gail. *de pignorat. Obs.* 22. *n.* 23. Sixtin. *Cons. Marp.* 8. *n.* 103. *Volum.* 3. *et* Vult. *Cons.*

ribus duobus hujus generis inopiæ non possit locus huic decisioni assignari, satis me puto antea demonstrasse.

Superest, ut quam recte rescriptum Imperatorum de hac inopia et ille et nos interpretemur, paucis doceamus. Et non potest id certius intelligi, quam si doceatur jus hoc proditum esse aliis locis a juris auctoribus, iisque ætate prioribus. Nemo enim negaverit Diocletianum et Maximianum Imperatores auctores ejus rescripti, idest, L. 3. *C. eod.* locutos esse accommodate ad sententiam ejus juris, quod ipsorum ætate in usu erat. Quod autem tum usurpabatur? id quod Cajus refert in *L. admonendi*, hic, *solent*, inquit, *judices in dubiis caussis exacto jurejurando secundum eum judicare, qui juraverit.* De eodem genere rescribentes Imperatores, non dubium est, quin caussas inopia probationum laborantes easdem illas intelligant, quas Caius dubias
6 nominat. † Quas ergo apud Cajum accipimus dubias? utrum cum vulgo eas, in quibus actor plene non probavit? Nequaquam vero hæ dubiæ dicendæ sunt, in quibus ex jure certum habet judex, quod sequatur. Palam est enim eum non probasse jure, qui plene, idest, idonee non probavit. Ex quo efficitur etiam eum simpliciter non probasse: actore porro non probante, et plene non probante, jus certum est, eum nulla etiam alia re præstita absolvi debere. *d. L. qui accusare, C. de eden. d. L. ult. C. de rei vend.* Quæ sunt ergo caussæ dubiæ? an non eæ, in quibus par utrinque probatio judici dubium facit etiam ex jure, quid in alterutram partem sequatur? omnino: neque vis et significatio alia huic verbo subjicitur. Quod tamen ex usu Latine loquentium dilucide probat [17] Duarenus eo loco Terentii *in Phormione*, ubi Phormio cum dixisset, *cœnam dubiam* apponi: interrogatus quidnam hoc verbi esset, respondet eam esse,

. . . . . *Ubi tu dubites quid sumas potissimum.*

non enim aliter caussa dubia, quam cœna dubia dicitur. Ac de verbis Caii, minus quis dubitet fortasse, hanc interpretationem esse illis verbis convenientem. Sed videbitur non ita convenire rescripto Imperatorum, qui generaliter dicunt in inopia probationum rem per iudicem iureiurando decidi oportere: in inopia probationum, inquam, generaliter, non in hac aut in illa. Cur ergo hanc speciem postremam accipiamus potissimum unam ex omnibus? Jam dixi prioribus remotis hanc unam superesse videlicet. Quominus autem priores rescripto excludantur, verba rescripti non obstare: quia non definiatur illic, quando res per iudicem decidenda sit iureiurando; sed cum decidenda erit, quam circumspecte id sit faciendum, ne alterutri fiat iniuria. Aut si prius definitur, caussam decidendam esse per iudicem iureiurando in inopia probationum, ita definiri, ut dicatur id faciendum esse caussa cognita. Utroque autem modo significari, ita rem iureiurando decidi oportere per iudicem inopia probationum, ut id faciendum sit, adhibitis in consilium aliis locis, ex quibus discamus, quando et quomodo id fieri liceat, aut non liceat. Quam autem non liceat id facere in prioribus generibus duobus inopiæ probationum, abunde supra ostendimus. Quod si qui adhuc ita disputent verba rescripti superioris generalia esse, eoque ad unam speciem huius inopiæ adstringi non debere: considerent non minus id contra ipsos, quam contra superiorem sententiam facere. Si verba generalia sunt: omnis inopia, non certa aliqua

Marp. 18. *n.* 124. *Vol.* 8. Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 3. *n.* 18. modo excessus modicus sit. Vid. Turamin. *ad L. non puto*, 10. *de iure fisci part.* 1. *C.* 1. *n. et sequentib.* Confer. Vasq. 2. *Contr. Usufreq.* 33. *n.* 25. ac etsi actor probatioris vitæ, quam reus. Menoch. *d. Cap.* 98. *n.* 8. Tametsi principem, item iudicem eum, cui liberum arbitrium hoc casu pro actore, si is vir probus, contra reum, si is improbus, pronunciare posse. Menoch. *d. Cap.* 98. *n.* 9. *et* 10. Plane quod Tiraquel. *de Iure primigen. Q.* 17. *Opin.* 2. *n.* 5. utriusque partis intentione æque fundata, posse iudicem ex animi sui motu gratificari, cui libet, et *Opin.* 4. *n.* 47. *et seqq.* posse eo casu rem dividi, ac utrique partem adjudicari: de caussis dubii iuris, vel ubi hoc ipsum contenditur, uter actoris partes subire debeat, ut in interdicto uti possidetis, cum præparatorium est petitorii; vel denique ubi defensio rei non est contraria intentioni actoris, et neutra probatio perfecta accipiendum. In quibus ipsis tamen ei opinioni parum aut nihil tribuendum. Prius nempe istud pertinet ad casus pro amico, quos Tessaur. pro diabolo vocat, ut not. *supr. lib.* 3. *Civil. Comment. C.* 23. *N.* 1. Vid. Turamin. *ad d. L.* 10. *p.* 1. *C.* 1. *et p.* 3. *C.* 1. Nam quod Trentacinq. *de Resol.* 2. *n.* 24. etsi in casu parium probationum regulariter pro reo, residere tamen hoc in arbitrio iudicis scribit, quia probationes sint arbitrariæ: aut sibi non probe constat, aut eo pertinet, ut iure teneat sententia tali casu condemnans, ac si probationes æquales non esse iudex æstimaverit, etc.

17) Ita Duar. 2. *Disp.* 33. volens sic quæstionem dubiam sumi in *L. non puto* 10. *de iur. fisc.* Neque enim recte ibi accipietur, cum quis semiplenam probationem habet contra fiscum. Idem *Post. Com. h. t. C.* 7. Ita quoque putat a Cic. *pro Ligario* caussam *dubiam* vocari (Iulii et Pompeii) quod erat ut Cic. aliquid in utraque parte quod probari posset. Sed locus Ciceronis perpensus plane a proposito alienus. Ac esto: sit quoque ex paritate probationum utrinque caussa dubia. Ast certe longe gravior caussa hæsitandi iudici, ubi pro actore unus testis cum aliis adminiculis, integritate insuper producentis, litis mediocritate etc. Pro reo autem nihil ac nec levis quidem præsumptio: Quam ubi pro actore duo vel tres testes; totidem pro reo pari numero, pari auctoritate ac fide. Nonne Phavorinus

qua, aut paucæ quædam illis continentur. Si omnis: an non vident consequens esse, [18] etiam tunc maxime rem decidi posse iureiurando a iudice, cum actor plane nihil probavit? nam tunc maxime probationum inopia est, cum nihil est probatum, si quidem in omni re ea demum vera est inopia, non cum est aliquid alicui quamvis non satis; sed cum plane est nihil: ut indicat illud Caii, inanem esse actionem, quam excludit inopia debitoris. *L. nam is, supr. de dol.* Quod si cum omnibus recte admittunt rescripto non contineri eam inopiam, cum plane nihil probatur: concedant oportet, rescriptum non esse generale. Neque vero caussa est, cur ea species inopiæ eximatur rescripto; ea autem non eximatur, ubi actor plene non probavit: cum ea regula, qua ad priorem removendam ducuntur, pariter ad alteram quoque pertineat. Pariter enim non probat, qui iure et plene non probat, sive aliquid attulerit, quod
7 ius repudiet, sive nihil. † Sed cur actore non probante, idest, in duobus prioribus istis generibus inopiæ probationum vulgo notis non potest iudex litem decidere iureiurando: in tertio autem, quod dicimus, idest, in dubiis caussis, et paribus utrinque probationibus potest? Quia in illis prioribus hæc decisio habet iniuriam: in dubiis caussis non habet, sed commoda est, et iusta decisio. Nam actore non probante habet iudex, quid statuere debeat etiam sine iureiurando: quippe iubetur reum omnimodo absolvere: adversus quod necesse est faciat, si iusiurandum ab alterutra parte exegerit. Quod enim iam ante ostendi, si actori deferet: secundum eum iurantem iudicabit, idest, condemnabit reum; at hunc absolvere iubebatur. Si deferet reo: si quidem ita, ut nihilominus velit absolvere, quamvis non iuret, supervacuum. Sin ita, ut nolit absolvere, nisi ille iuret, iniquum, et contra illud ipsum jus, quod reum absolvi jubet, etsi nihil ipse præstiterit. Quin etiam etsi reus juret, tamen iniquum est eum absolvi jurejurando exacto: quia fiet hoc modo sententia obnoxia retractationi, quæ sine jurejurando rata futura esset. In dubiis autem caussis et paribus probationibus nihil habet judex sine jurejurando, quod in hanc potius, quam in illam partem ex jure sequi debeat: neque enim [19] reum absolvere potest, ubi actor de intentione probavit: neque rursum condemnare, cum ipse contra de sua probando dubiam reddiderit actoris probationem. Quapropter ut res exitum reperiat, consultum est ab alterutro ex litigatoribus exigere jusjurandum: sic enim cum ille juraverit, incipient habere judex, quod [20] in alteram partem præponderet. Cum autem secundum jurantem judicabit, non faciet alteri injuriam: quia semper judicabit secundum eum, quem verum est probasse, etsi contraria probatione allata cœpisset probatio esse incertior. Jusjurandum autem quod accessit, etsi per se probationem non habet adversus invitum; habet tamen quod judicem moveat, ut in eam partem potius propendeat. Ac quominus etiam adversarius de eo queri possit, placet si postea nova ins-

apud Agell. 14. *Noct.* 2. ex Marci Catonis sententia censuit, si rei gestæ nec tabulis nec testibus fides fieri possit: apud iudicem uter vir melior sit, quæri, ac secundum eum litem dirimi debere. Et ita voluit actorem, etsi nec quidquam probaverit, nec etiam iuraverit, eo casu obtinere. Quod etsi iuri consonum non sit: hoc tamen saltem sequetur, caussam ex semiplena probatione vere *dubiam* dici. Unde Agellius ipse, cum vir fidei vitæque inculpatissimæ ab alio spurcissimæ vitæ creditum repeteret, sed argumentis admodum exilibus niteretur: nec condemnare, nec absolvere voluit, sed iuravit sibi non liquere *d. Cap.* 14. Caussam itaque pro dubia habuit. Quam hoc ipso iureiurando actori delato dirimi potuisse censet Setser. 4. *de Iuram.* 10. *n.* 11. Quam vere ipse viderit.

18) Non utique. Aliud enim defectus probationum, ubi nullæ suppetunt, aliud inopia, ubi quædam, sed ancipites. Cuiac. 22. *Obs.* 28. *in fin.* Et immo hæc vis verbi. Inopia enim opponitur copiæ, et opibus ac levior est egestate. Auson. Popma. *Lib.* 2. *de Diff. verb. V. egestas.* Sic inopiam frugum, frumenti, amicorum, sententiarum, verborum, inops ærarium, inopem linguam et id genus alia usurpari legimus, non cum plane nihil, sed cum non quantum satis est suppetit. At ubi probationes Rei æquales probationibus actoris, his per illas elisis, in effectu potius defectus quam inopia. Tunc vera inopia et caussa *dubia* iuxta *d. L.* 33. cum ex altera solum parte, sed non perfecte probatum; aut utrinque quidem perfecte, sed ex una parte ita superant, ut excessus ille, si per se solum spectes, probationem plenam non efficiat. Pone: Actor se possidere rem pure sibi obligatam (huiusmodi exemplis uti malo, ubi uterque affirmat) probat quatuor testibus. Reus contra se possidere aut rem sub conditione obligatam esse tribus. Testes utrinque paris conditionis ac fidei. Probatio initio perfecta, et forte abundans contraria probatione ex parte elisa, et eo redacta ut imperfecta nunc sit. Crebrius hæc in probationibus diversi generis contingunt. Ac raræ lites in quibus contrariarum probationum conflictus non adsit. Vasq. 2. *Controv. Usufreq.* 33. *in fin.* Ast ut probationes, veluti æquilibrio pares sint, nec quidquam in alteram partem præponderet, rarissimum. Quo revocari usum huius iurisiurandi inconveniens. Gilken. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 9.

19) Immo et potest et debet per *not. sup. N.* 18. *et* Arg. *L. inter*, 38. *de re iud.* Quin ipse Don. *ad L.* 15. *C. de fid. instr. n.* 17. instrumentum quoque tribus testibus, confirmatum, totidem testibus a reo refelli posse statuit. Paria autem sunt nihil probare et probatum elidi. Arg. *L.* 10. §. 6. *de in rem verso L.* 71. *de V. S. L. nihil* 112. *de Reg. I.* et *simil.* Maior itaque iniquitas, si in paritate probationum deferatur iusiurandum hoc, etsi reo. Tum quod ea præstatione oneraretur, citra eam absolvendus: tum quod iniuria illi fieret, sententia retractationi obnoxia futura.

20) Ast ubi probationes ipsæ mutuo concursu elisæ, minimum hic est quod præponderet, nimirum ipsum iusiurandum solum. Plus certe est quod præponderet, ubi et aliquid hinc probatum est, et ei iusiurandum accedit, ex parte autem adversa nihil.

instrumenta repererit, licere ei quandoque caussam retractare, ut postea dicetur. In re quidem dubia et ancipiti nihil visum est ad rem explicandam melius: quamobrem necessitas ad eam rationem jus deduxit. Quæ cum omnia videamus dici usque adeo verbis juris, et rectæ rationi atque æquitati consentanea, eademque ipsa tam cohærentia inter sese: non difficile erit judicare, utram sententiam veriorem putare debeamus, eamne quam posuimus, in qua hæc sunt; an illam vulgarem tam diuturno errore inter omnes pervagatam, in qua omnia sunt contraria. Summa jam hæc erit: non posse judicem pro arbitrio rem decidere, jurejurando exacto, sed primam hanc legem esse, ut id faciat in inopia probationum. *L.* 3. *C. eod.* Non esse satis quamlibet inopiam: non enim id ei licere actore non probante, quocunque modo fiat, ut legitimis modis non probet. *L. qui accusare, C. de ed.* Secundam ergo legem esse, ut id faciat in dubiis caussis, ut Cajus loquitur in *L. admonendi, hic*: idest, his, in quibus actor recte probet; sed probet et reus contra, ut incipiat par utrinque fieri probatio, quæ dubiam judici caussæ dijudicationem faciat. In hac incertitudine vere dici caussam laborare inopia probationum: cum non sit probationum tantum, ut possit judex ex his de re judicare in alterutram partem. Hanc ergo inopiam esse, in qua sola jus superiorem decisionem admittat.

† Sed quoniam diximus in his caussis atque 8
hac inopia probationum posse judicem litem decidere jurejurando: dubitari potest, [21] an non tantum possit id facere, sed etiam cogatur. Verba rescripti ita esse videntur, ut necesse habeat. Ait enim rescriptum, *per iudicem res decidi oportet.* Verbo *oportere* omnes norunt necessitatem significari. *L. verbum oportere, infr. de verb. sig.* Repugnant verba *L. admonendi, hic* illic enim scriptum est, solere sæpe iudices in dubiis caussis exacto iureiuraudo caussam decidere: quæ verba eo pertinent, ut deferre possint, si velint, non ut etiam habeant necesse, ut de his verbis diserte scriptum est in *L.* 1. *C. quo. et quan. iud.* Id vero ita se habet: hac recte constituitur. Est enim iudicis existimare ex animi sui sententia, utrum caussam probatione dubiam putet, an non: et, quod idem est existimare, quid credat in caussa, aut sibi parum probatum opinetur *L.* 3. §. *ejusdem, in fin. infr. de test.* Neque adversatur superius rescriptum. Non enim simpliciter in eo ita dicitur, oportere res decidi iureiurando; sed oportere decidi caussa cognita: ut sit sententia: si quæratur de iureiurando deferendo, esse in potestate iudicis existimare ut in caussa facti, utrum deferat, necne: idest, utrum caussa sit dubia, an non sit. Sed si statuerit deferendum esse quasi in caussa dubia, tum oportere eum id facere caussa cognita.

Ac duæ conditiones sunt expositæ, quibus

21) Vulgo in eo non uno modo variant. Rem quatuor quæstionibus expeditis definiemus. (1) An ut deferatur peti possit? Sunt qui negant: qui iidem tamen iudici necessitatem deferendi iniungunt, quia ultro petens suspectum se reddat. Arg. *L.* 15. *de Procur.* Panor. *in C. ult. h. tit.* refer. Fach. 1. *Contr.* 16. Contrarium probatius, nec in eo adstruendo laborandum. Videndum quando possit. Sane quod ante conclusionem caussæ in quacunque iudicii parte, expeditius est. Beust. ad *L.* 31. *h. t. n.* 413. Stiatic. *Observ. Pract. C.* 20. *n.* 23. *et seqq.* post alios Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 9. *n.* 12. *et seq.* Num autem et post eam, certatur. Negativam opinionem ceu communem probant Beust. in *L. admonendi n.* 414. *et seq.* Seraphin. *Privil. iuram.* 33. *n.* 192. et seq. Mynsing. 1. *Obs.* 68. *in fin.* Gail. 1 *Obs.* 108. *n.* 1. *et* 2. quia per eam omni probationi renunciatum, et imputari potest litiganti culpæ, cum publicatis attestationibus scire potuerit, quantum sit probatum et num huc recurri oportuerit. Sed affirmativam post Salicetum firmat Fachin, 1. *Controv.* 17. qui et contrariis occurrit. Plane etsi petitum ante conclusionem caussæ, post eam deferri potest, Myns. *d. Obs.* 68. *in fin.* Neque enim ex abrupto huc procedendum iudici. Vid. Stiatic. *Obs. Pract. C.* 20. *n.* 6. *et* 7. itemque non convenit, num. post terminum ad probandum assignatum. Vid. Beust. *d. lo. n.* 419. et seq. Stiatic. *d. C.* 20. *n.* 25. *et n.* 28. Sane et in appellationis caussa peti et præstari potest, Gail. 1. *Obs.* 108. Foller. *ad Morant. p.* 6. *h. t. n.* 20. et ab eo qui semiplene probavit in priori instantia A. Fab. *C. suo. h. t. Definit.* 27. Seraph. *d. Priv.* 33. *n.* 194. Et iure Saxonico in leuteratione, ceu usus servat. Beust. *d. loc. n.* 423. *et in rub. D. h. tit. n.* 121. Q. (2) An peti hoc necesse sit, ut alias iudex inferre nequeat? Affirmat Bart. et alii, referente Fachin. 1. *Contr.* 16. quia iudex officium suum non impertit nisi petenti *et* Laucell. Conrad. *de Off. pract. in causs. civil. V. Iuramentum n.* 2. Asin. *de Exsecut.* §. 3. *C.* 10. Schurff. *Cent.* 2. *Cons.* 47. *n.* 2. Menoch. *Arb. Cap.* 464. *n.* 28. Stiatic. *Obs. Pract. C.* 20. *n.* 17. *et seq. et n.* 26. *ac seq.* Seraphin. *Privil. iuram.* 33. *n.* 192. *ibique in addit.* Martin Benckndorff. *n.* 154. quia non respicit solemnitatem et ordinem iudiciorum, sed privatum commodum. Et magis communem vocat Gail. 1. *Obs.* 108. *n.* 3. iuxta quam apud suos iudicari refert Anton. Fab. 19. Err. Pragmat. 3. *et C. sub. h. tit. Defin.* 8. Sed negativa benignior et æquior, firmante Gail. *ibid. n.* 5. *et* 6. ut post conclusionem caussæ hoc iudici licere velit ex placito curiæ supremæ, in gravi caussa. add. Fachin. 1. *Contr.* 16. *et sequent.* Beust. *ad Rub. h. tit. n.* 117. Busius ad *L.* 31. *h. tit. n.* 14. Zilken. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 24. ac *sequent.* Asin. veluti recedens a priori opinione *d.* §. 3. *Cap.* 27. Qnomodo et cautum *Nov. elect. Saxon.* 23. *part.* 3. Non obstat superior regula. Ei enim locus in illis quæ primum emergunt. In processibus autem iam cœptis magna iudicis potestas; multaque ex officio ad eruendam veritatem permissa *L.* 25. §. 8. *de æd ed.* Bus. *d. n.* 14. Confer. Gœd. *de sequestr. C.* 1. *n.* 109. *pag.* 162. Q. (3) An si petitum, iudex deferre necesse habeat? Ratio dubitandi in v. *solent*, ut Donellus hic. Sed affirmativa communis, ubi scilicet semiplene probatum est, et alia requisita adsunt. Ut si petenti non deferatur, appellari possit. Beust. *ad L. admonendi n.* 119. Stiatic. *d. C.* 20. *n.* 30. *et n.* 33. Coras. *ad d. L.* 31. *p.* 2. *n.* 50. quia v. *solent* explicatur per v. *oportet L.* 3. *C. h. tit.* ut et alibi *L.* 4. §. 1. *de in diem addict.* Q. (4) An si non petitum, iudex pariter teneatur? Gravius hic dubium per ea quæ Donellus hic, et argum. *L.* 4. §. 2. *de in lit. iurand.* iunct. §. 1. ubi itidem in §. 1. vocula *oportet.* Et tamen *d.* §. 2. dicitur *in arbitrio esse*, etc. Affirmat tamen Fachin. 1. *controv.* 16. *et* Moller. *ad Nov. Elect. Saxon.* 23. *p.* 1. *n.*

bus potestas iudicis cohibetur in hoc iureiurando deferendo, ne pro libidine id deferat. Tertia erat, quam modo attigimus ex *ead. L.* 3. *C. eod.* ut id faciat, caussa
9 cognita. † Quibus verbis continetur, ut quemadmodum non potest, quandocunque videtur, hac decisione uti, sed solum cum caussa est dubia, quo tempore id res exigit: ita cum agetur in hac inopia de iureiurando alterutri ex litigatoribus deferendo, non deferat utri volet, sed de eo statuat ex caussa: idest ei deferat, cui ob iustam caussam æquius esse videbitur deferri. Quod si erit in arbitrio iudicis, cui iusiurandum deferat: non minus periculose de hac re statuetur: cum futurum sit, ut secundum eum iudicet, cui detulerit. Quid ergo in hac caussa æstimanda hic 22 sequemur? quod

5. *et seq.* ubi et apud nos ita iudicari debere censet, non obstante quod *d. Novell.* 23. hæc verba *Dasz in des Richters Macht stehen sol, etc.* Nam Electori hoc solum, ait, propositum definire, num ex officio non petitum deferri possit, non aliam quæstionem, an deferre teneatur. Mihi immo et hoc videtur decisum in fine eiusdem Constit. verbis, *Darnach sich unser Hoffgericht, et c. haltem sollen.* Quæ *Moller.* vertit. Idque iudicia nostra, etc. observare *iubemus.* Sane inique, opinor, facerent iudices, vel qui in dicasteriis consulti sententiam dicunt, si aperte ex actis liqueat deferri posse, si non deferant: ut ita iusta caussa ob solam amissionem meri solemnis civilis quis cadat. Largior non inique multa statuta, ut sæpe quis bonam caussam male procedendo perdere possit. Sed illa utilitatis publicæ ergo, caussa minuendarum et celerius finiendarum litium. Quæ ratio hic cessat. Quin potius Tit. illi *C. ut quæ desunt advocatis* locus. Siquidem non de facti quæstione agitur, sed iuris. De facto enim ponimus ex actis apparere, exstareque eas probationes, quæ supplementum iuratorium exigant, vel admittant. Quin vel ideo iudex ex officio deferre debet, ut lites minuat, ne pars succumbens ob non sufficientes probationes, ad appellationem confugere necesse habeat.

22) Tres hic diversæ sententiæ notantur a Fach. 1. *Controv.* 18. Beust. *ad L. admonendi n.* 164. *et seqq.* Eberch. Speckhan. *Cert.* 1. *Q.* 46. Nam Azo et sequaces reo; Hugolinus actori deferri voluit. Speculator vero totum hoc ad arbitrium iudicis discreti reiecit. Quas opiniones compenere nituntur Beust. *d. loc. n.* 174. *et seqq.* exponendo quæ hic iudici spectanda sint: ut et Menoch. *Arb. Cap.* 190. Speckan. *d. Q.* 46. Sich. *ad L.* 3. *C. h. n.* 50. Stiat. *Obser. Pract. C.* 20. *n.* 9. *et seqq.* Nos sic. Quatuor hic verti videntur, ad quæ attendere debet iudex et inde statuere utri deferat. I. est personæ conditio, dignitas ac fides. Integræ enim sit existimationis, et inculpatæ vitæ, cui defertur. Vid. Marqu. Freher. *Lib.* 2. *de Existimat. Cap.* 6. *n.* 13. *et seqq.* Persona legalis, Menoch. *d. Cap.* 190. *n.* 12. plus bonitatis requirens quam quæ ex vulgari præsumptione (unde quivis bonus habetur) vir honestus ac probus. *Idem Cap.* 464. *n.* 9. *et* 12. Nec nisi alias esset testis integer ab omni calumnia, potior in caussa aliena, idem Freher. *Lib.* 2. *de Existim. qui est de infamia Cap.* 28. *n.* 1. Beust. *d. n.* 174. Spech. *d. loc. n.* 5. Arcentur itaque infames et qui alia nota laborant, ut infamia facti: Zobel. *p.* 1. *Diff. iur. civ. et Sax.* 22. *n.* 2. Frecher. *d. loc. et* Beust. *n.* 179. *et seqq.* Et ita Papinian. *lib. Resp. tit.* 25. (habetur post *Cod. Theod. pag. m.* 133.) Hic sacramenti ordo notatis infamia denegatur secundum Coust. Gregor. et Hermogeniani. Proinde et fœneratores. Vid. Menoch. *d. Cap.* 190. *n.* 14. *et d. Cap.* 464. *n.* 12. *et seqq.* Beust. *d. loc. n.* 188. *et seqq.* Lelius Zechus *Tr. de usur. C.* 15. *n.* 3. Iudeus contra Christianum litigans, Menoch. *d. Cap.* 190. *n.* 15. Beust. *d. loc. n.* 196. *et sequent.* Hartm. *Tit.* 25. *Obs.* 6. *n.* 12. Et faciunt *not. supr. Lib.* 18. *Cap.* 7. *N.* 13. (Contrarium tamen receptius esse scribit Seraphin. *priv. iurament.* 33. *n.* 206. et pro tribunali Spirensi Iudæo fuisse hoc delatum testatur Myns. 5. *Obs.* 6. *et addit. ad Hartm. d. loc. n.* 14.) Aliud si Christianus contra Iudæos. Baptista de S. Blasio *Tract. correlativor. C. ult. n.* 28. Periurus. Beust. *d. loc. n.* 207. *et seq.* Coras. *in d. L.* 31. *part.* 2. *n.* 40. *et seq.* Ant. Del. Re. *de Iuram. calun. C.* 15. *n.* 152. *et n.* 157. Hart. *d. Obs.* 6. *n.* 11. Myns. 3. Obs. 58. Menoc. *d. C.* 464. *n.* 19. *et seqq.* ubi inquirit quid si pœnitentiam egerit et a periurio absolutus. add. Afflict. *Decis.* 36. Et qui ad iurandum pronus, vel quem peieraturum suspicio est. Beust. *d. loç. n.* 209. Menoch. *Arb. C.* 192. *n.* 3. A. Fab. *C. suo h. t. Defin.* 44. *n.* 5. Barth. Masculus *de Success. conven. L.* 1. *Membr.* 2. *Concl.* 5. *n.* 208. Num et spurius? Hunc admittit Menoch. *d. C.* 464. *n.* 17. *et sequent.* Putarem si cætera honestus, non penitus hinc excludi, ast si cum altero integrioris notæ ipsi lis sit ac par cæteroquin utriusque caussa, alteri deferendum esse. Confer. *not. supr. Lib.* 6. *C.* 15. *N.* 2. Fuerunt qui his accenserent stipendiarios milites, eo quod operas suas mercede locent. Quos refellit Beust. *d. loc. n.* 199. *et seqq.* ex quo transcripsit Setser. *Lib.* 4. *C.* 12. *n.* 37. *et seqq.* Plane et ubi neuter per se arcetur, uti in testibus, iudicis est statuere, cuius dignitatis ac æstimationis sint, quanta cuique fides habenda *L.* 3. *princ. et* §. 1. *de testib.* Ita et hic digniori potius, et quem credibile est non peieraturum, deferre potest. Sic maior præsumptio pro nobile et divite, iuste scilicet partis opibus. Beust. *d. loc. n.* 175. Hart. *Obs.* 6. *n.* 10. Stich. ad *L.* 3. *C. h. n.* 51. *et seq.* Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 46. *n.* 9. *et ex eo* Setser. *Lib.* 4. *C.* 13. *n.* 8. *et seq.* pro viro egregio et in dignitate constituto, etsi adversarius nulla alias nota laboret. Ac viro potius quam fœminæ deferendum. *Tiraq. L. connu.* 9. *n.* 72. Beust. *d. n.* 175. Sets. *d. C.* 13. *n.* 11. qui ad verbum *ex* Beust. et Speck. *d. lo.* transcripsit. II. Natura caussæ eiusque qualitas et quantitas. Plane regulare esse, ut admittatur, constat ex *L.* 9. *C. h. t.* verbis: *in cæteris caussis.* Quod de civilibus ac pecuniariis vulgo exaudiunt. Vid. Sich. ad *L.* 3. *h. t. n.* 4. *et* 5. Beust. in *L. admonendi n.* 178. Sed id potissimum intelligi videtur de suppletorio actori delato. Quin enim idem in caussis gravioribus reo tuto deferatur, non est opinor, quod valde impediat, nisi forsan ubi peieraturum eum suspicio est. Excipiuntur itaque (1) Caussæ civiles arduæ et magnæ quantitatis. Menoch. *Arb. Cap.* 72. *n.* 1. *et C.* 190. *n.* 17. *et seq.* Myns. 1. *Obs.* 68. *n.* 4. Beust. ad *L. admonendi n.* 238. *et seq.* Lanc. Conrand. *de Off. præt. in causs. civil. v. Iuram. n.* 3. Nisi plus quam semiplene probatum sit et persona iuratura fide digna et honestæ conditionis. Vid. Marsil. *Sing.* 27. Seraphin. *Privil iuram.* 33. *n.* 10. post alios Beckendorff. *addit. ibid. n.* 19. Gail. 1. *Obs.* 108. *n.* 11. Coras. *in L. admonendi p.* 2. *n.* 51. Fr. Herculan. *de Prob. negativa n.* 235. *et* 279. Stiat. *Obs. C.* 20. *n.* 39. item nisi contra eum agatur qui antea in aliquo de mendacio convictus, si recte Cravetta *de Antiq. temp. Parte* 1. §. *vidimus et abunde n.* 17. *pag.* 86. Quæ autem tales, iudici ex re et litigantium conditione æstimandum. Sich. *ad d. L.* 3. *n.* 53. Myns. *d. Obs.* 68. *n.* 4. Vid. Beust. *d. loc. n.* 243. *et seqq.* Tessaur. *Decis.* 61. *n.* 4. Menoch. *Arb. C.* 72. *et not. supr. lib.* 21. *C.* 9. *N.* 15. Quo referunt quidam caussas feudales, fiscales, beneficii, usurarias, odiosas ut cum de temporis præscriptione agitur, itemque famosas, Vid. Thom. Grammat. *addit. ad Afflict. Decis.* 36. A. Fab. *C. suo h. tit. Defin.* 44. Sich. *ad d. L.* 3. *n.* 9. *et seq.* Coras. *ad d. L.* 31. *p.* 2. *n.* 51. Damhuder. *Praxi civ. C.* 179. *n.* 9. Beust. *d. loc. n.* 262. et seqq. Ubi *n.* 267. id in famosis restringit, nisi probatio maior semiplena forte præsumptione adiuta, ut duo testes, unus integræ fidei, alter minus etc. (2) Criminales. Quia in iis probationes liquidissimæ requiruntur. Adhæc accusatores sæpe moventur ex iniuria ipsis illata, propter quam facile fieret, ut peierarent. Sed de his et quando hic reo tamen deferatur iusiurandum et quid si ad pecuniariam pœnam agatur, Vid. Menoch. *Arb. Cap.* 464. Hippol. a Marsil. *Singul.* 635. Sich. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 5. Duar. *in Post. Com. h. t. C.* 4. *f.* 862. Mins. 2. *Obs.* 87. Gail. 2. *Obs.* 94. *n.* 3. *et* 2. *de Pac. publ.* 7. *n.* 2. Pacia. 1. *de Probat.* 39. *n.* 18. *et seq.* Seraphin. *Privil. iuram.* 33. *n.* 101. *et seqq.* Fach. 1. *Contr.* 15. Bronch. 2. *Enant. Ax.* 27. Beust. *ad L.* 3. *h. t. n.* 50.

quod faciendum esse significatur in *c. ult. ex. de iur.* Ad hanc sententiam: ut si conjectura aliqua gravis in caussa pro actore faciet, aut personæ conditio prægravare videbitur: puta si actor sit magnæ auctoritatis, fidei spectatæ; reus autem plebeius aut levis: tum actori iusiurandum deferat iudex. Sin erunt cætera paria: tum reo defe-

et seqq. et ad *L. admonendi n.* 250. et seqq. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 22. et seq. *n.* 11. *et* 12. Ant. Fab. *C. h. t. Defin.* 43. Clar. 5. *Sent. ult. Q.* 63. *etc.* (3) Matrimoniales. Quod perpetuum, ne deferatur neganti matrimonium aut ad id dissolvendum agenti. Ratio *supr. in not. C.* 17. *N.* 9. Pro matrimonio autem quandoque deferri potest, ubi videlicet non simpliciter semiplena, sed quæ proxime absit a perfecta, coniecturis haut levibus, aut aliqua insigni præsumptione adiuta, veluti si nobilis ac dives agat contra pauperiorem etc. Cuius rei uberiorem notitiam haurire licet ex Beust. *ad L. admonendi* 31. *h. t. n.* 269. *et seqq. et de Sponsal. C.* 41. Cypræ. *de Sponsalib. C.* 14. §. 18. et seqq. Alb. Gentil. 7. *de Nupt.* 16. Covar. *de Matrimon. p.* 1. *C.* 4. §. 1. *n.* 8. Schurf. *Cent.* 2. *Cons.* 47. Gail. 2. *Obs.* 94. Coras. 3. *Misc.* 4. *n.* 6. *et seqq.* Borch. *h. t. C.* 8. *n.* 76. *et seq.* P. Heig. *Parte* 2. *Q.* 16. Seraphin. *Privil. iuram.* 33. *n.* 114. magna hic prudentia et moderatione utendum scribens *Vult. Cons. Marp.* 15. *n.* 343. et seqq. *Vol.* 1. III. Notitia rei qua de agitur. Neque enim alii deferendum, quam cui veritas facti comperta esse potest. Et si utrique, dispiciat Iudex utrum melius nosse probabile, aut certum sit. Melior autem notitia quæ sensu corporeo percipitur, si alicuius res principaliter acta, si ipse fecit, si vidit, interfuit, non si auditu, alterius relatione, vel rumore cognovit. Vid. Menoch. *Arb. Casu* 190. *n.* 5. *et seqq.* Beust. *ad L. admonendi n.* 274. *et n.* 215 *et seqq.* Hartim. *Tit.* 25 *Obs.* 6 *n.* 2 Mynsing. 1 *Obs.* 13. *et Obs.* 68 *n.* 2 Speckan. *Cent.* 1. *Q.* 46. quem transcripsit Setser. *Lib.* 4. *C.* 13. *n.* 7. Quare huic non locus in materia *L.* 2. *C. de resc. vend.* quia valor rerum magis ab aliis quam ipso læso sciri præsumitur. Pinel. *in d. L.* 2. *Parte* 3. *Cap.* 4. *et ult. n.* 13. add. *not. supr. N.* 5. Neque per hoc iuramentum dolus probari potest. Cels. Bargal. *Lib* 4. *de Dolo C.* 8 *n.* 41 Nec consanguinitas aut cognatio iuxta quosdam, cum exacta eius scientia non haberi queat *per L.* 83. *de cond. et dem.* Sed contra iudicatum. Modest. Pist. *Q.* 85. *et Q.* 128. quia et hic probatio per testes recipitur, qui sciunt et indicant ex eo quod viderint haberi pro filio. Et notitia sufficit eo modo quo haberi potest. Plane quando ex probatione hac grave præiudicium parti adversæ, merito caussa cognationis ardua censetur. Thessaur. *Decis.* 61. *n.* 3. ut proinde non deferatur tunc, nisi adminiculis aliis semiplena probatio munita per *supr. dicta.* Nec defertur alleganti factum alienum. Sich. *ad L.* 3. *C. h. n.* 54. Ideoque nec heredi super facto defuncti. Menoch. *d. C.* 190. *n.* 6. Hartm. *d. Observ.* 6. *n.* 3. *et* 2. *seqq.* Beust. *d. loc. n.* 216. *et seq.* Borch. *C.* 8. *n.* 72. Beckendorff. *addit. ad* Seraphin. *Privileg. iuram.* 33. *n.* 181. nec defuncto delatum ab herede prestari potest, per *L.* 12. *princip. C. h. t.* Sich. *ad d. L.* 3. *n.* 54. Nisi eiusdem facti verosimilis notitia heredi, ut quia familiaris defuncto. Menoch. *d. C.* 190. *n.* 9. si filius, vicinus, domesticus. Beckendorff. *ad d. privil.* 31. *n.* 59. si consanguineus, ut Roman. *Cons.* 290. *n.* 5. ref. Pruckman *Vol.* 1. *Cons.* 10. *n.* 97. Ubi *n.* 99. eam sententiam vulgo explosam esse tradit. Confer. *not. infr. C.* 13. *N.* 20. Plane apud nos si iuramento sententia iniuncto antequam præberetur, decesserit, iuramento credulitatis in herede locus est. *Nov. Aug. Elect.* 24. *p.* 1. Quæ ad hoc iusiurandum suppletorium pertinere videtur, quomodo et Moller. accepisse apparet. Enimvero hoc iureiurando delato si paratus iurare moriatur, heredes admitti, immo perinde haberi ac si iurassent, scribit Myns. 1. *Obs.* 13. Quæ confirmatur ex Gail. 2. *Obs.* 43. ubi mortem loco iuramenti haberi docet. Qui licet de iuramento in litem loquatur, argumenta tamen et rationes, ut et allegata eius huic quoque, et præcipue conveniunt. Non eadem ratio delati ab adversario, Vid. *not. supr. C.* 5. *N.* 1. *et infr. d. C.* 21. *N.* 20. De axiomate: Mors loco iuramenti, eiusque sensu, vid. Munnoz. de Escob. *de Ratiocin. C.* 10. *n.* 61. *et* 2. *seqq. et C.* 11, *n.* 29. *et seq.* Hering. *de fidei. C.* 20. §. 1. *n.* 76. *et seqq.* Moller. 4. *Semestr.* 44. *n.* 12. Confer. *idem* 3. *Semest.* 32. *n.* 2. *et* 3. An et quando procuratori deferri, vel per eum præstari possit, Vid. Stiatic. *Ob. Pract. C.* 20. *n.* 34. *et seqq.* Beust. *in L. admonendi n.* 408. *et seqq.* Ex ratione iuris sane id nunquam licere arbitror. Vid. *not. infr. cap.* 22. *N.* 1. *et* 2. An fideiussori? Vid. Henring. *de Fidei. C.* 20. §. 1. *n.* 63. Universitati ut deferatur et quis tunc iuret, vid. Ant. Fab. *Cod. suo hoc tit. Defin.* 40. IV. Probationis peractæ modus vel gradus. Neque hic, si iuxta superiora, æqualis litigantium conditio, caussa habilis, par utriusque notitia, reo omni modo hoc iusiurandum deferendum, etsi post actoris semiplenam probationem nihil præstiterit, ut Azo voluit; ref. Menoch. *Arb. Ca.* 190. *n* 20. et sequi videtur Sich. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 55. *ac seq.* Beust. *in L. admonendi n.* 176. Spechk. *Cent. Q.* 40. *n.* 10. Nec omnimodo actori, ut Cynus ea ratione quod reus cupiditate rei detinendæ facilius peieraturus censeatur. Quam invertit Sich. *d. loc.* quod immo maior in actore suspicio, ne et ipse rei consequendæ excidat; et calumniæ suspicionem in se concitet. Verum spectandum, uter quousque probaverit, intentionemque suam ex parte impleverit, ut iurisiurandi huius subsidio perfici possit. Equidem si actoris probatio imperfectior intra semiplenam, suspicionem tamen quandam movit Iudici contra reum, huic deferendum est ad purgandam innocentiam; itemque si præsumptio levior, cuius minor vis quam semiplenæ probationis. Vid. Rod. Suarez. *in L.* 4. *fori Tit. de Iuram. n.* 19. *et seqq.* Lanc. Conrad. *de Offic. præt. in causs. civil. V. iuram. n.* 3. Contra si actor plene probavit, exempli gratia mutuum; reus autem exceptionem, exempli gratia, solutionem per leve indicium: non defertur reo, sed actori, itidem ad purgandam innocentiam. Eadem ratione Suar. *d. loc. n.* 25. ubi scilicet defensio rei compatitur actioni, seu non contradicit proposito actoris: veluti hic utrumque potest esse et quod mutuaverit actor et quod solverit reus. Secus si exceptio contraria et non compatibilis. Ibi enim plena actoris probatio non confunditur per præsumptionem Rei, nec necesse est venire ad iuramentum, de quo fusius Suar. *d. loc. n.* 26. *et seq.* Cæterum si actor semiplene intentionem fundavit; reus autem nuda inficiatione usus nihil probavit; si et actor honestus, cui res comperta, et caussa habilis: crebrior, usuque forensi probatior opinio exigit ut illi, non reo deferatur, teste Lanc. Conrad. *d. loc. n.* 4. Menoch. *Arb. Cap.* 190. *n.* 20. Beust. in L. *admonendi* 31. *h. t. n.* 168. Coler. *de Process. exsec. P.* 1. *C.* 10. *n.* 114. *et seq.* Fachinæ. 1. *Contr.* 18. scribens ita semper observatum, se vidisse: et id summam habere rationem et æquitatem. Nec temere. Nam ubi reus nihil probavit, non est quod is suppleat. Suppletur enim quod perfectæ probationi deest. Alias elisorium iusiurandum aut quo alio simili verbo, nuncupandum erit, non suppletorium. Et ut in reliquis pares hic sint litigantes, ast in eo dispares, quod alter aliquid, alter nihil probavit. Ille sua, imperfecta licet, probatione fidem iam aliquam fecit iudici, cumque induxit, ut opinetur meliorem actoris caussam esse, pro qua aliquid affertur, quam rei, pro qua nihil. Quod si ex inopia probationum huc devenitur *L.* 3. *C. h. t.* quorsum nisi ut illi occurratur: non utique ut elidantur, ut qui inopes ante fuerunt, egenæ postea fiant. Iunge not. *supr. N.* 18. Adhæc, ut Coler. perpendit *d. n.* 115. alias actori nihil profutura sua semiplena probatio. Potuit enim ipseque initio deferre reo iusiurandum nullo quoquam probato; potuit ea molestia probandi defungi. Vid. not. *C. seq. N.* 4. Verum si concessa intentione, ex. gr. mutuata esse 100. reus excipit, se solvisse, pactum ne peterentur, etc. atque hoc semiplene probat: tunc utique, si cætera paria, reo iurandum erit. Quia nec ulla actoris probatio est quæ suppleatur. Et hoc dubio sane omni, opinor, vacat. Eo autem casu quo pares utrinque probationes, reo reliquis paribus favendum. Menoch. *d. C.* 190. *n.* 19. Fach. 1. *Contr.* 18. *in fin.* ita accipiens *L.* 31. *h. t.* ubi ponitur reus a Iudice absolutus: quia tunc demum vere omnia ex utraque parte paria. Ergo per *L.* 125. *de R. I.* et *simil.* Quod intellige, non ubi utrinque perfecte, ibi enim se mutuo elidunt, ut not. *supr. N.* 16. sed ubi uterque semiplenam, actor pro intentione, reus pro exceptione habet. Bover. *Sing.* 40. *n.* 24. Coler. *d. n.* 114. Lanc. Conrad. *supr. d. loc. n.* 3.

ferat potius. Sumptum ex regulis juris notis, quæ efficiunt in paribus caussis reo favendum esse potius, quam actori. *L. favorabiliores, infr. de reg. jur. L. Arianus, infr. de oblig. et act.*

10 † Ut his rebus circumscripta est potestas judicis in deferendo sua auctoritate jurejurando, de qua parte hujus potestatis hucusque diximus: ita jurejurando hoc delato, proprium hoc est in eo potestatis [23] judicis, ut non longius progrediatur: quam ut ipse delatum exigat: delatum, ut proposui, remittere non potest: ut eo remisso secundum eum, cui remissum est, judicetur. Quod ex eodem rescripto, idest, *L.* 3. *C. eod.* intelligimus: sic enim illic traditur, *rem per judicem jurejurando caussa cognita decidi oportere.* Sive hæc verba sunt necessitatis: aperte jusjurandum litigatoris exigunt; sive sunt potestatis, quæ judici tribuitur: tamen hactenus tribui apparet, ut non aliter possit rem decidere, quam jurejurando. Idemque apertius expressit Cajus in *L. admonendi, hic*, cum ait solere judices judicare primum *exacto jurejurando*, deinde *secundum eum, qui juravit.* Non deciditur res jurejurando, multoque minus secundum eum, qui juravit, ubi nullum est jusjurandum: nemo, qui juravit. Quod tunc accidit, cum is, cui delatum erat jusjurandum, non jurat; quantumvis ideo faciat, quia sit ei a judice remissum. Dixi initio, judicem non esse dominum litis, ut ei in hac re liceat, quod domino, qui jusjurandum detulisset, suo jure pro arbitrio facere liceret. Jubetur constitutionibus jusjurandum exigere a litigatore rei expediendæ et veritatis juvandæ caussa. Proinde si remittit quantumvis jurare parato, quia non exigit, contra officium facit: neque vero ei per leges facere conceditur. *Inst. de off. jud. in pr.*

11 † Jurejurando recte exacto pro ea potestate, quam diximus: videndum quod secundo loco quæritur, quis sit ejus jurisjurandi servandi modus. Is vero est, qui breviter comprehensus est in *d. L. admonendi*, communis cum judiciali superiore, ut judex in dubiis caussis exacto jurejurando [24] secundum eum judicet, qui juraverit. Et hoc est, sententia judicis sequetur: sententia judicis erit ejusmodi, quæ actore jurante reum condemnet; jurante reo hunc ipsum absolvat, similiter ut in judiciali. *L. jusjurandum, et ad §. ult. hic.* Quod res judicio agitur: sequi debet judicis sententia. Qua enim de re cognovit judex, de ea et judicare cogitur, ut finem imponat controversiæ, quam ob caussam aditus erat. *L. de qua re, supr. de jud.* Hoc autem fit pronuntiando seu sententiam ferendo, quæ absolutionem rei aut condemnationem contineat. *L.* 1. *infr. de re jud.* Quia autem id agitur, ut jusjurandum servetur, ne frustra juratum sit: consequens est, ut judicetur secundum eum, qui juravit. Nam aliter jusjurandum non servatur. Ut hic secundum hunc aut illum judicetur, eum esse oportet, qui jurejurando exacto juraverit: scilicet ut duo hic concurrant, ut sit ei delatum jusjurandum a judice: tum ut juraverit. Proinde si quis ex litigatoribus juraverit, cui jusjurandum delatum non erat, nihil ei proderit jusjurandum, idque omnis jurisjurandi commune est. *L.* 3. *hic.* Contraque si is cui a judice delatum erat, non juraverit, nihil ei delatio profuerit, sive is sit qui aperte nolit jurare, sive is etiam, cui parato jurare jusjurandum sit remissum. Sane inter hos hoc interest, quod cui remissum est jusjurandum, non debet quidem secundum eum judicari, quia non juravit, ut jus exigit; sed non debet etiam adversus eum, quia non stat per eum, quominus juret, ut qui paratus sit jurare, dum judex exigat, vel potius jurantem audiat. At qui deferente judice jurare non vult, is in ea caussa est, ut etiam adversus eum tanquam confessum sententia ferri debeat. Manifestæ enim turpitudinis et confessionis est

Borch. *C.* 8. *n.* 78. Et quando defensio rei non directo impugnat intentionem. Nam si ex. gr. actor uno teste probat se mutuo dedisse; reus contra itidem uno teste æque idoneo se eo die abfuisse, eadem elisio est, quæ in *not. d. N.* 16. Sed iurando is præter inficiationem alia insuper defensione usus *iuxta L.* 43. *pr. de R. I.* veluti: Nego me tibi 10. debere et præterea mecum pactus es ne peteres. Item si prius intentione negata postea solutionem alleget *ut supr. h. lib. C.* 5. Hic si actor mutuum, ex. gr. semiplene; reus eodem modo solutionem probaverit, quia utrinque est quod suppleri potest: si cætera patria, reo deferendum. Confer. ad declarationem *not. supr. lib.* 22. *c.* 7. *n.* 1. Denique si postquam actor plene, ex. gr. mutuum probavit, reus exceptionem suam vel solutionem semiplene: et hic reus supplere iureiurando suo quod deest, potest. Bover. *d. Sig.* 40. *n.* 14. Ne in exceptione deteriore iure fit, quam adversarius in actione foret.

23) Quin autem adversarius ejus gratiam facere possit, non est, opinor, quod iupediat. Plane revocare delatum Judex ex caussa potest: si postea suspicio sibi mota, facile pejeraturum esse, aut si post delationem caussam alterius meliori jure niti compererit. Vid. Borch. *de Jurejur. C.* 6. *n.* 12.

24) Unde actio vel exceptio judicati: illa si actor, hæc si reus juraverit: Non autem actio ex jurejurando, quia non in hunc finem defertur, nec ultra intentionem operari debet, cum ex probationibus non oriantur actiones. Post Bart. Bald. et alios Sneidvin. in §. *item si* 11. *I. de act. n.* 100. Beust. *ad L.* 2. *h. t. n.* 23. Coras. *ad L. in act.* 5. *de in lit. jur. n.* 30. *cir. fin.* Quod probant in *d.* §. 11. verba: *postulante adversario* et in §. *æque* 4. *Inst. de except.* verba: *creditore deferente.* Q. An victus hic in expensas condemnandus? Negat Jo. Aurpach. *sing. alleg. Lib.* 2. *C.* 5. idemque probabilius statuit A. Fab. 19. *Err. Prag.* 7. sed contrariam sententiam usu fori receptam memorat, ex quo transcripsit Setser. *Lib.* 4. *C. ult.*

est nolle jurare, ubi jusjurandum non referas. *L. manifestæ, hic.* Jusjurandum autem in dubiis caussis delatum ideo non refertur jure, quia nec potest, de quo postea suo loco.

12 † Jam de vi hujus jurisjurandi, vel potius sententiæ ex hoc jurejurando latæ dicatur. Et non eadem hic vis est jurisjurandi et sententiæ, quæ ex superioribus generibus, cum consensu litigatorum res jurejurando vel extra judicium, vel in judicio ipso decisa est. Illic enim non conceditur caussam retractare. *L. 1. C. eod. L. admonendi, in fia. hic*; usque adeo, ut nec ab ea sententia quæ inde secuta est, appellare liceat. *L. generaliter*, §. *sed juramento, C. eod.* Hic licet retractare eandem caussam, et quidem longe plenius; quam ex cæteris rebus judicatis concessum est. Jam primum hoc ratum esse debet, quod remedium in aliis sententiis omnibus victo tributum est, ut ei a sententia appellare liceat: *L. 1. infr. de app. L. cum prolatis, infr. de re jud.* hoc idem et in hoc genere victo esse servandum. Remedium enim hoc in commune omnibus victis datum est, nisi quæ justa caussa id adimat. *d. L. 1. de ap. L. 1. sciendum, infr. de ap. non rec.* Nihil autem in hac caussa intervenit, quod videri possit hanc ademptionem suadere, nisi jusjurandum. Ad id cum invito litigatore interpositum sit, invito nocere non debet. Nec usquam apertius id [25] probatur, quam in *L. generaliter*, §. *sed juramento, C. eod.* ubi Justinianus ab ea sententia, quæ jurejurando decisa est, appellari vetat. Eum enim vetat appellare, qui jusjurandum vel detulit, vel postulavit. *Quis enim*, inquit, *ferendus est ad appellationis veniens auxilium in iis, quæ ipse facienda procuravit*? Ergo si quis jusjurandum interponendum non curavit, appellationi locus superest vel ex eadem constitutione. Ex quo apparet non agi illic de eo jurejurando, quod solus iudex per se defert in dubiis caussis; sed solum de eo quod consensu litigatorum interponitur: et quod in principio ejus §. proponitur sententia etiam de juramento ex auctoritate judicis cuicunque parti illato, non esse accipiendum de eo quod solius judicis auctoritate illatum est; sed de eo, quod delatum est auctoritate quidem judicis, verum postulante et procurante litigatore, ut id fieret, ut sequentia declarant. Unde et initii hæc sententia erit, ut velit Justinianus ad eam vim quam subjicit, nihil interesse, utrum pars pacti jusjurandum deferat approbante judice, an vero judex ipse, postulante tamen prius litigatore cujus interest. Sed commune hoc remedium est cum aliis, qui sententia victi sunt. Unum est proprium ejus, qui ex superiore jurejurando victus est; de quo ita scriptum est in *L. admonendi, hic.* Re jurejurando a judicibus in dubiis caussis exacto judicata, *permittitur*, inquit Cajus, *constitutionibus principum caussam ex integro agere, si quis* [26] *nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit.* Caussam ex integro agere est, tunc agere, cum res integra esse desiisset: quod contingit, ubi non est appellatum. Ergo et tunc de eadem re hic agere permittitur, novis instrumentis postea repertis. Quo loco statim opponuntur duo: res judicata, et jusjurandum. De re judicata generalia rescripta sunt, quibus constitutum est sub obtentu novorum instrumentorum res judicatas instaurari non posse. *L. 4. C. de re jud. L. Imperatores, infr. de re jud.* Et hic res judicata est. Accedit ad rem judicatam jusjurandum, quod præcessit. Id si a litigatore delatum valet: cur delatum a judice non potius sit servandum propter auctoritatem judicis? Sed nihil horum obstat propositæ retractationi. Generalia quidem sunt rescripta de rebus judicatis non retractandis: sed tamen sunt de rebus judicatis. Ideo ad caussas jurejurando per judicem decisas non pertinent. Nam proprie has non [27] esse judicatas dixeris, in quibus non tam videtur judex sententiam suam et judicium pro-

25) Fac. *L. ult.* §. 1. *de appell.* P. Greg. 2. *de Appell.* 13. *n.* 3. et ex eo Setfer. *Lib.* 4. *C.* 8. *n.* 14. Neque hic tam jurantis factum impugnatur, aut de perjurio ejus quæritur, quam Judicis, an juste adversarium ad supplementum hoc admiserit. Christoph. Besold. *de Appell. C.* 7. *n.* 7. *p.* 226. Quin et adversarius ipsam delationem appellari potest, ne præstetur jusjurandum. Ubi si pendente appellatione actor decesserit, jusjurandum pro præstito haberi judicatum refert A. Fab. *C. suo h. t. Defin.* 14. ipse contra sentiens. Ac etsi a delatione intra decendium non appellatum, si postea jurare velit, a præstatione appellari potest Myns. 1. *Obs.* 39. Besold. *d. Tr. C.* 8. *n.* 3. *p.* 253. Quod si tamen sententia sic lata, *si actor juret, etc.* reus ipsi solvat, fatalia decendii a die sententiæ, non ex eo quo actor jurare paratus, currere judicatum. Myns. 5. *Obs.* 95.

26) Et hic oportet nt juret producens se notitiam antea eorum non habuisse, Guid. Pap. *Dec.* 201. *n.* 1. *et Dec.* 243. *n.* 3. A. Fab. 19. *Err. Prag.* 5. *p.* 671. Seraphin. *Privileg. juram.* 38. Coras. *in L.* 31. *h: tit. p.* 2. *n.* 37. *et seqq.* Menoch. *Arb. C.* 241. qui præterea requirit, ut probet se prius diligentia usum in illis perquirendis, et ut in aliis judiciis adjuvetur producens. Sed et adversarius, ne stetur juramento tali, scientiam præcedentem probare potest Coras. *d. loc. n.* 42. Vide de hac retractatione Menoch. *ibid.* Cujac. 18. *Obser.* 35. A. Fab. *d. Err.* 5. Coras. *in* h. *L. admonendi* 31. *P.* 2. *n.* 1. *et seqq.* Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 14. *n.* 116. *et seq.* fuse Sfort. Oddus *de Rest. in int. P.* 2. *Q.* 74. *et seqq.*

27) Ita Beust. *ad L. admonendi n.* 31. quia ex juramento partis lata sententia, qui veluti testis in caussa sua.

proferre, quam litigatoris, quem in re sua
velut judicem fecit. Certe has caussas ex
numero aliarum eximi apparet in *d. L. admonendi.* De jurejurando, quod a litigatore defertur, aut ejus postulatu a judice,
innuit Cajus non esse huic simile id, quod
[28] judex sua auctoritate detulit, cum ait,
non *concedi caussam retractare; cum inter ipsos litigatores jurejurando negotium est
transactum.* Significat cum jusjurandum a litigatore litigatori defertur, rem inter ipsos
communi consensu transigi, ut in eo insit
et conventio et transactio *L. 2. L. qui jurasse, §. ult. hic.* Nihil horum dici potest,
cum solus judex uni defert, invito altero.
Hæc res facit, ut litigatori, qui jusjurandum detulit, quandoque agenti obstet suum
ipsius placitum atque conventio: caussa autem per judicem decisa, nulla sit conventio ejusmodi, quæ agentem removeat. Sed
notandum est hic permitti caussam iterum
agi, non simpliciter, sed hac conditione:
si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit: sic enim verba sunt Caji in *d. L. admonendi.*
Nova vocat, non confectione, sed inventione et prolatione: idest, quæ non nunc
primum conficiuntur post litem jurejurando
decisam: sic enim aperte falsa essent: sed
quæ nunc primum emergunt et proferun-
13 tur nova. † Quod ait, *quibus solis usurus
sit*, eo pertinet, ut declaretur caussam hic
retractari posse, solis instrumentis postea
repertis, non etiam testibus. Quod in hac
caussa non sine magna ratione constitutum
videtur; etsi alias in universum ita traditum est: *in exercendis litibus eandem vim
obtinere fides instrumentorum, et depositiones testium.* L. in exercendis, *C. de fid.
insti.* Novi enim testes subornari possunt,
de quibus nescias, utrum ante priorem litem de re cognoverint; an nunc primum
ad mendacium instructi falsum testimonium
dicturi veniant. De instrumentis [29] autem
idem dubitare non licet: quia ipsa scriptura
instrumentorum, subscriptiones temporum et
personarum seipsas produnt: et non solum
ostendunt, cujus sint, sed etiam quam sint
veteres, aut novæ. Neque vero facile aut temere res judicatas rescindi permittendum est.
Nam quod dicitur in exercendis litibus eandem vim esse testium et instrumentorum, *d.
L. in exercendis*, sic accipiendum est: dum
in utroque genere nihil sit suspectum, in totum enim suspecti testimonii fides rejicitur;
sive id erit in instrumentis, sive in testibus.
L. 2 C. de fid. inst. L. 3 in pr. illic. *Nam si
careat*, infr. *de test.* † Sed quid est, quod 14
Cajus ait constitutiones, quibus superior retractatio permittitur, tunc videri locum habere, *cum a judice aliquis absolutus fuerit?*
An significat [30] licere actori jusjurandum retractare adversus reum, qui absolutus erit;
reo autem condemnato non licere, si forte
instrumentum liberationis postea invenisse se
dicat? Minime: sed tantum verba constitutionum interpretatur, quæ ita se habent, ut
his permittatur post jusjurandum exactum ex
integro caussam agere. Proprie agit caussam
ex integro actor, qui prius victus fuerat:
quod non contingit, nisi reo absoluto: et ideo recte dicitur verba hæc ad actorem referri. Sed non eo minus idem licere facere reo
intelligendum est: quin potius licet reo multo magis. Favorabiliores enim sunt rei, quam
actores. *L. favorabiliores, infr. de reg. iur.*
Inde dictum, non debere actori licere, quod
reo non permittitur *L. non debet actori, in-*

Et *n.* 32. quia ex probationibus privilegiatis lata ejusmodi sententia non transeat in rem judicatam: et ita DD. vulgo, et Stich. in *L.* 1. *C. h. tit. n.* 5. Padilla *ad L. error C. de Jur. et fac. ign. n.* 44. Bronch. 4. *Ax.* 18. quia privilegiata est, ait, et imperfecta probatio; ac facilius tolluntur, quæ juris sunt specialis, quam quæ juris communis. Et quia ob inopiam probationum delatum est, copia earum emergens infirmat. Bronch. 2. *Ax.* 26. Aliter Coras. in *d. L. admonendi p.* 2. *n.* 18. quia sententia dolo obtinentis secuta retractari possit *L.* 75. §. 1. *de judic.* Aliter Cujac. 18. *Obs.* 35. quia res judicata ex falsis instrumentis ex integro agi potest, ut *infr. lib.* 27. *C.* 7. Instrumentis autem adnumerari vult jusjurandum hoc, quo judex instructus sit ad judicandam.

28) Ita Donell. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 13. Oldend. *cl.* 1. *Act.* 9. *in fi.* Beust. *ad L. admonendi n.* 35. Coras. *ibid. P.* 2. *n.* 9. Cujac. 18. *Observ.* 35. Vult. *ad §. item si* 11. (*ipsi* 10.) *I. de act. n.* 18. Sich. *ad L.* 1. *C. h. tit. n.* 3. Illic imputari potest cur detulerit, hic nihil. Ad hæc cum quid sit ex necessitate, jura benigniora sunt, quam si ex voluntate. Arg. *L.* 7. §. 1. *Qui satisd. cog. L.* 56. §. *de evict.* Sich. *d. n.* 3. Caroc. *de juram. lit. Decis. Q.* 2. *Quæstionis* 10. *principalis n.* 5. Ideoque nec naturalis obligatio hoc juramento tollitur. Beust. *ad L.* 2. *h. t. n.* 16. Oldend. *d. Act.* 9. *in fin.*

29) Facile in instrumento falsitas deprehenditur ex vetustate, vel novitate literarum et chartæ, manu scribentis etc. Donel. *ad L.* 3. *C. h.* t. *n.* 14. Et consentit A. Fab. 19. *Err. Prag.* 5. *pag.* 67. cujus verba pro suis usurpat, suum obtinens Setser. *Lib.* 4. *c.* 17. *n.* 9. Diss. Coras. *in L. admonendi P.* 2. *n.* 27. *et seq. et* Beust. *ibid. n.* 91. *et seqq.* quod instrumentorum appellatione testes quoque veniant *L.* 1. *de fi. instr.* quodque absurdum videatur plus fidei membranæ quam vivæ voci adhibere. Coras. *ibid.* Quibus facile est occurrere. Sed et vocula *solus* excludit ante producta instrumenta. Necesse enim est ut ex sola novorum inspectione et exhibitione veritas constet. Vid. A. Fab. *d. pag.* 67. *et seq. et* Coras. qui fere dissentiunt *d. P.* 2. *n.* 44. *et seqq.*

30) Consent. Zas. 1. *Sing. Respons.* 13. Duar. *in Prior. Comm. h. t. C.* 30. Coras. *in L. admonendi P.* 2. *n.* 22. *et seq.* Fachinæ. 11. *Contr.* 27. et quos citat Odd. *de Rest. in int. Q.* 74 *Art.* 5. Contraria autem opinio receptior, quam probant Odd. *d. loc.* Beust. *in d. L. admonendi n.* 1184. *et seqq.* Cujac. (sed hic nude) 18. *Ob.* 35. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. tit. de Confessis Resol.* 1. *n.* 34. *et* 3. *seqq.* Ex quibus rationes et refutationes pro utraque parte peti possunt.

fr. de reg. jur. Neque ideo mirum sit, de actore solo iterum agente cautum esse. Positum est enim consulto id, de quo major dubitatio erat, ut ex eo id quod minus dubitationis habebat, colligeretur.
15 † Ait Cajus permitti hic caussam ex integro agere; sed nihil exprimit, neque quomodo liceat revocare eamdem caussam, neque intra quæ tempora. Quid ergo hic licet? utrum ex integro agere, petita adversus rem judicatam in integrum restitutione, an vero ipso jure, et post instrumenta reperta: utrum intra certa tempora id licet, an perpetuo? Et hanc dubitationem Cajus sustulit, cum dixit, non simpliciter permitti caussam ex integro agere, sed *permitti constitutionibus principum.* Si permittitur constitutionibus, permittitur jure ipso: cum constitutiones sint optima pars juris civilis. §. *sed et quod, Inst. de iur. nat. L. 1. supr. de const.* Si jure: non desiderat [31] in integrum restitutionem, qui jure communi munitus est. *L. in caussæ, 2. supr. de min.* Jam instrumentis repertis intra quæ tempora exinde competet hæc actio? Expeditum hoc quoque ex iisdem verbis. Constat enim actiones esse perpetuas, quæ sunt ex constitutionibus. *Inst. de per. et temp. act. in pr.*

31) Vulgo autem dari hic restitutionem ex clausula generali *L. 1. §. ult. ex quib. causs. mai.* et edictum prætoris confirmari solum constitutionibus, ac ad speciem deduci, ut in simili *L. 1. C. Si min. ab hered.* Vid. Coras. *ad d. L. 31. P. 2. n.* 24.

CAP. XII.

De necessitate suscipiendi jurisjurandi, tum extra judicium, tum in judicio.

SUMMARIA.

1. *Edicti verba de necessitate suscipiendi iurisiurandi, et eorum quæ in hac parte quæruntur, summa.*
2. *Jusiurandum de lite extra iudicium delatum impune recusatur, de calumnia non item.*
3. *Judiciale iusiurandum sine caussa recusari non posse.*
4. L. generaliter, §. sed juramento, C. eod. *explicatur.*
5. Cap. ult. extr. eod. *sententia.*
6. *Regula*, Actore non probante reum absolvi, etsi nihil ipse prestet, *explicatur.*
7. *Judiciale iusiurandum ne tum quidem a reo recusari posse, cum actor initio iudicii probationem in se suscepit, qua defectus confugit ad iusiurandum.*

Dixi de vi iurisiurandi, quod litis decidendæ caussa adhibetur, utcunque interpositum, idest, sive extra iudicium inter eos, qui de re aliqua contendunt, sive in iudicio aut inter eos ipsos, aut ex auctoritate solius iudicis. Jam dicam de necessitate eius suscipiendi, si forte is iurare nolet, cui delatum est: quæ altera pars est huius edicti, et tituli de iureiurando. Edicti verba non quæ olim fuerint, sed quæ nunc partim exstent, partim indicentur hoc titulo, hæc sunt:

1 † EUM A QUO JUSJURANDUM PETETUR, SOLVERE, AUT JURARE COGAM EI, QUI JURAVERIT NON CALUMNIÆ CAUSSA SE ID POSTULARE. SI JUSJURANDUM REFERRE, QUAM JURARE MALET, POTESTATEM FACIAM. SI IS QUI JUSJURANDUM PETET CONDITIONE JURISJURANDI NON UTETUR, JUDICIUM EI NON DABO.

De necessitate iurandi aut solvendi verba edicti exstant in *L. iusiurandum, et §. ait, hic.* Ut prius iuret de calumnia, qui detulit, cavetur in *ead. L. §. qui iusiurandum, hic.* De potestate referendi in *ead. L. §. datur.* De actione deneganda ei, qui conditione iurisiurandi non utitur, *ibidem.* Quæ omnia breviter et commode comprehensa sunt in *L. delata, C. eod.* in hæc verba: *delata conditione iurisiurandi reus, si non per actorem quominus de calumnia iuret, steterit, per iudicem solvere, vel iurare, nisi referat iusiurandum, necesse habet.* Sed in his multa desunt ad hanc partem pertinentia, quæ partim ex interpretatione veterum, et novis constitutionibus in his titulis, partim ex sententiis veterum, quæ alibi exstant, et ratione colliguntur. Quare de toto hoc iure dicendum est plenius, non solum quod valeat ad explicationem superiorum, sed etiam ad totius eius iuris cognitionem. Quod ut recte fiat, proponam initio, quæ hic quærantur: tum de his, ut fert eorum natura, dicam ordine. Habet autem hæc necessitas duas quæstiones: quarum prior est natura, an quis cui de lite iusiurandum delatum est, cogatur iure suscipere iusiurandum et iurare; Sequens altera, si quis cogitur, et recusat, quæ sit cogendi ratio, seu quæ sit adversus recusantem

tem pœna. Et quod in vi iurisiurandi fieri diximus, idem accidit et in necessitate iurandi, ut multum referat hic quoque, utrum extra iudicium iusiurandum delatum sit, an in iudicio; et si in iudicio, utrum a litigatore,
2 re, an a iudice solo ut fit in dubiis caussis. † Extra iudicium [1] iusiurandum de re delatum impune recusatur. Id enim liberum esse necesse est, ad quod faciendum nulla est ratio cogendi. Nulla autem hæc cogendi ratio, nisi per prætorem, iudicemve qui solvere aut iurare cogat. *L. iusiurandum et*, §. *ait*, *hic*. *L. delata*, *C. eod.* Nec quisquam magistratus aut iudex, qui id præstet, nisi ad quem iudicio instituto aditum fuerit. Quare antequam id factum erit, nemo iurare cogitur: ideoque et si quis delatum iusiurandum ante suscipere recusaverit, non nocebit ei recusatio, quo minus et actor quandoque iudicio agens suas actiones, et reus quandoque conventus suas defensiones integras habeat. Tunc cogi posse incipiet, cum is qui prius detulerat, iudicio instituto perseverabit deferre, et ille alter recusabit. Sed hoc de iureiurando, quod de lite defertur, dictum est. Alia caussa est iurisiurandi de calumnia, quod exigitur ab eo, qui de lite iusiurandum prius detulerat. Hoc vero non recusatur impune, quanvis delatio extra iudicium processerit. Finge actorem, cum extra iudicium diceret pecuniam sibi deberi, deque eo esset cum debitore controversia, detulisse reo ut iuraret se non debere, reum accepisse conditionem; sed ex edicto petiisse, ut qui detulerat, prius iuraret de calumnia. Si is recusabit iurare: hæc erit pœna, ut habeatur remittenti similis, eoque ei quandoque agenti denegetur actio. *L. si non fuerit*, *hic*: de quo postea pluribus dicendum est inter caussas iurisiurandi recusandi. Judicio instituto, ubi ad magistratum iudicemve qui cogat, ventum est, tum primum exsistit illa de re et lite iurandi necessitas, quam quærimus: quæ an sit ulla iure constituta, et quatenus, tum
3 qualis sit, cognoscendum est. † Est vero iure constituta, sed hactenus, ut sine caussa legibus cognita recusari iusiurandum non possit; cæterum ex caussa possit. De eo quod solus judex pro sua auctoritate in dubiis caussis exigit, non dubitatur. *L. admonendi*, *hic*. *C. ult. extr. eod.* At de eo quod defertur a parte parti quamvis in iudicio, nonnullæ sunt dubitationes: quibus fit ut alii putent id in totum sine ulla caussa pro arbitrio recusari posse; alii posse non ab actore, sed tamen a reo. Quare de huius necessitate initio statuendum est, ne prius ad caussas recusandi veniamus, quam constiterit aliquam eiusmodi caussam esse oportere. Sic ergo habeatur: etiam tunc, cum iusiurandum defertur a parte parti in iudicio, adversarium per prætorem iudicemve cogi iurare, quandiu nulla erit iusta caussa recusandi. De qua sic verba sunt edicti in *L. iusiurandum et ad*, §. ait, hic: *eum a quo iusiurandum petetur*, *solvere aut iurare cogam.* Quæ interpretans Ulpianus subiicit: *alterum itaque eligat reus*: *aut solvat*, *aut iuret. Si non iurat*, *solvere cogendus erit a prætore.* Idem traditum de quovis iudice in *L. delata*, *C. eod. delata conditione iurisiurandi*, aiunt Imperatores, *reus per iudicem solvere vel iurare necesse habet.* Et quod de reo cogendo dictum est utroque in loco, exempli caussa dictum est; nihilominus ut intelligi debeat, idem et in actore, a quo iusiurandum postulabitur, valere: et quidem multo magis. Cum enim favorabiliores sint rei, quam actores: *L. favorabiliores*, *infr. de reg. iur.* perspicuum est, si reo iusiurandum delatum recusare non permittitur, id multo minus debere actori licere iuxta regulam iuris. *L. non debet actori*, *infr. de reg. iur.* In quo factum id est, quod sub finem præcedentis capitis factum esse monui in iis constitutionibus, quæ caussa per iudicem iureiurando decisa, permittunt actori instrumentis postea repertis caussam ex integro agere: cum multo citius reo id permittendum sit, si ex eo iureiurando victus fuerit. Positum est nimirum et illic, et in hoc edicto id, quod maiorem dubitationem habuit, ut hinc colligeretur una id quoque, quod minus dubium erat, quo brevitati consuleretur. Itaque et edicto et *d.* L. *delata*, statuitur ea necessitas, quam dicimus, ut quisquis erit ex litigatoribus, a quo adversarius iusiurandum petet, is per prætorem iudicemve iurare, aut sententiam adversus se pati necesse habeat. Sed dubitationem hic quædam attulerunt. Primum *L. generaliter*, §. *sed iuramento*, *C. eod.* tum *C. ult. extr. eod.* Postremo regula iuris, *actore non probante reum obtinere*, *etsi nihil ipse præstet*, L. qui accusare, *C. de ed.* Ex quibus priores duo loci liberam recusationem iurisiurandi tribuere videntur omnibus, cum id defertur a parte parti: Regula autem posterior tribuere videtur reo. Quod an ita sit, paucis cognoscamus. † Et 4
in *d. L. generaliter*, §. *sed iuramento*, *vers. sin autem*, ita scriptum est: *sin autem is cui sacramentum est illatum vel a parte vel a iudice* (intellige a iudice parte postulante: nam

[1]) Quia id ex mera conventione proficiscitur. Sneidv. *in* §. 11. *I. h. t. n.* 11. Beust. *ad Rub. D. h. n.* 73. P. Greg. 50. *Synt.* 6. *n.* 3. Donel. *ad Rub. C. h. t n.* 5. Caroc. Q. 34. *principali.*

nam de iureiurando necessario toto eo §. non agitur, ut supra docui) *hoc subire minime voluerit, licentiam quidem habeat sacramentum recusare.* Atque his verbis motus [2] Accursius existimavit ita fuisse olim constitutam necessitatem iurandi, ut diximus; sed eam sublatam esse hac constitutione, nisi iusiurandum ita esset ante susceptum, ut placeret litigatoribus rem iureiurando decidi. Hoc ille ad *L. delata*, *ad L. generaliter*, *d. §. sin autem is*, *C. eod.* sed maxime ad L. *manifeste*, *hic.* In qua etiam sententia fuit interpres iuris Pontificii in *C. ult. extr. eod.* potestque videri ex eadem sententia expressum ipsum etiam illud *C. ult.* Sed hæc sententia magno consensu a nostris repudiata est, et merito. Non enim tantum per se falsa est, sed etiam ita aperte refellitur eadem illa constitutione, ut prope indignum sit venia, si quis ad id statuendum ea lege utatur. Quid enim Justinianus in extremo eius legis? Diserte scribit, omnia quæ ante illic constituit, non ut aliquid derogetur antiquioribus legibus, hæc prolata esse; sed ut si quid deesse eis videtur, hoc repleatur. Quod ut aperte testatus non esset: tamen ipse §. *superior*, quid illic sentiat Justinianus, satis declarat, et quidem ita, ut si alias unquam incivile sit, *tota lege non perspecta, una aliqua particula* arrepta *iudicare aut respondere*, L. incivile, *supr. de legib.* id præcipue accidat in eo loco. Non enim illic Justinianus simpliciter scribit, eum cui iusiurandum delatum est, posse iusiurandum recusare; sed nominatim, idque continenter, addito hoc temperamento ac velut exceptione, ut dicat posse quidem eum recusare hactenus, ut in recusationis caussam nihil diligentius inquiratur; non tamen ita, ut sit impune: posse enim iudicem, si iusiurandum omnimodo præstandum existimaverit, idest, si existimaverit iusiurandum iure non recusari: posse, inquam, iudicem adversus recusantem sententiam ferre, quasi is detulisset prius iusiurandum, ac sibi relatum suscipere recusaret. Quo casu scimus iusiurandum recusari non posse, sed recusantem pro convicto et confesso haberi. L. *iusiurandum et ad*, §. *datur*, *hic.* Tribuit quidem ibidem Justinianus judicato facultatem ab ea sententia appellandi; sed hac [3] lege, ut velit confirmari sententiam a judice appellationis, si cognoverit iusiurandum bene esse illatum, non recte autem recusatum. Qua ex parte liquido apparet posse iusiurandum recusari non recte, idest, non justa et legitima de caussa, atque id cum fit, recusationem a iudicibus admitti non debere, sed eum debere esse exitum quem adversus convictos aut confessos esse oporteret. Itaque si de necessitate iurisiurandi suscipiendi, ubi nulla recusandi caussa est, nusquam aperte cautum esset iure vetere: tamen una hæc constitutio in superiore loco ad hanc necessitatem inducendam abunde sufficeret. 5 † Sed hanc saltem in *C. ult. extr. eod.* remitti quis dixerit, ubi ita scriptum est: *Juramentum a te* (alloquitur iudicem) *parti delatum, nisi iusta de caussa non potuit recusari: quamvis quod in iudicio a parte parti defertur, recusari possit licite, ac referri.* Hic, ut apparet, posterius iusiurandum de cuius suscipiendi necessitate nunc agimus, distinguitur a priore, idest, a necessario, ut vulgo vocatur. Dixerat autem Gregorius iusiurandum prius recusari non posse, nisi ex iusta caussa. Ergo posterius dicens licite recusari, hoc dicere intelligitur, licite recusari etiam sine caussa. Verum ne hic quidem de potestate iurisiurandi recusandi aliud statuitur, quam iure civili, et edicto prætoris, etiam si quis maxime hoc capitulum pro iure certo admiserit. Ait enim rescriptum, id iusiurandum, quod a parte parti defertur in iudicio, licite recusari ac referri. Non dicit simpliciter licite recusari; sed coniunctim *licite recusari ac referri*: quo significatur recusari quidem id licite, et quidem sine caussa, idest, sine alia caussa; sed

2) Quem fere sequitur Petr. Gregor. 50. *Synt.* 6. *n.* 6. *et* Cothm. *Cons.* 82. *n.* 43. *et seqq.* Sed cum nostro DD. vulgo et Caroc. *Q.* 35. *principali* Duar. *in Post. Com. h. t. C.* 3. *sub fin.* Sich. *ad d. L.* 12. §. 1. *n.* 3. Bronch. 2. *Ax.* 24. Pac. 3. *Q.* 85. Horat. Carpan. *Statut. Mediolan. C.* 101. *vol.* 1.

3) Pac. *d. Q.* 85. *ita* Resp. Quando dubitatur utrum recte delatum sit, potest de facto recusare, sed an jure recusatum sit, nec ne, judex dispiciet. Non obstat quod in his quæ sub conditione jurisjurandi relicta, Prætor jusjurandum remittit, indulgens meticulosorum superstitioni *L.* 8. *pr. de cond. inst.* Ibi enim nullius interest ut juretur, modo fiat quod testator voluit; hic publice interest lites finiri. Duar. *Poster. Com. h. t. C.* 3. Sed nec magni videntur ponderis quæ Cotman. *d. Cons.* 82. objicit. Veluti quod conditio jurisjurandi non nisi volenti imponatur, ex eo probat *n.* 49. *et seq.* quia speciem transactionis continet. Hac certe ratione sequeretur et olim libere recusari potuisse, quod falsum omnino. Item exinde *n.* 51. *et sequent.* quod sit contractus, ac quod judiciale quoque voluntarium sit, proinde ab invitis regulariter non exigi. Minus id probandum quod *n.* 53. contendit, in arduis caussis non esse locum jurijurando. Nam id quidem obtinet in necessario, ut not. *C. præcedente N.* 22. minime gentium vero in alio juramento. Nam quo gravior caussa, eo facilius admittendum jusjurandum judiciale: cum non ita de præjudicio partis adversæ contra quam juratur hic agatur, quippe litem suo consensu ita finiri volentis. Et passsim *ibid.* jusjurandum suppletorium cum hoc confundere, nec quæ illius propria exacte secernere videtur. Quæ enim collectio ejusdem *n.* 71. In actione injuriarum, præsertim ad palinodiam nec suppletorium deferri potest, si semiplene probatum. Ergo minus judiciale, omissis probationibus etc.

sed tamen ita, dum simul ac coniunctim referatur. Hoc vero ita est, estque ex edicto et legibus prioribus, ut sit facultas recusandi, si quis malit referre iusiurandum. *L. iusiurandum et ad*, §. *datur*, *hic d. L. delata*, *C. eod.* Quod si quis non referat, non aliter id licet recusare, quam si iusta caussa fuerit: quod superiore rescripto non negatur. Si hoc sensit Gregorius, bene est: id enim dicit, quod ius est, quodque volumus; sin aliter, ut interpres putavit, laborare magnopere non debemus. Sumptum enim id est ex falsa interpretatione *d. L. generaliter*: quam ille ita confirmare non potuit, ut iure civili derogaret. Ut enim eius iuris auctoribus summum imperium alia in administratione quis tribuat; tamen hoc constat, parem in parem imperium non habere. *L. nam magistratus*, *supr. de recep.* Non ergo superioribus locis libera recusandi iurisiurandi potestas datur ulli ex litigatoribus, aut datur secus, quam
6 edicto et iure vetere cautum est. † Restat illa regula iuris certi, qua traditur, actore non probante reum obtinere, etsi nihil ipse præstiterit. *d. L. qui accusare*, *C. de ed.* qua si non datur hæc facultas recusandi actori, ut non dari certum est; at certe videtur aperte data esse reo: ut si iam regulam hic non sequimur, nihil videatur dici posse, cur non ea edicto prætoris et *L. manifestæ*, *hic*, quam maxime adversetur. Pollicetur prætor se reum a quo iusiurandum petetur, iurare coacturum, aut solvere. Regula superior efficit, ne unquam cogatur reus iurare. Nam si actor probat: iusiurandum non deferet, sed volet reum convictum ex his quæ probantur damnari, ut ius postulat. *L. negantes*, *C de ob. et act.* Ita hic non cogetur iurare reus ex edicto, cum iusiurandum ab eo non postuletur. Si actor non probat: volet quidem iusiurandum deferre reo; sed regula hoc casu necessitate iurandi reum liberat. Jubet enim eum absolvi, etsi nihil ipse præstiterit. Proinde etsi nec præstiterit iusiurandum, quod ab eo petitur, nec delatum adversario retulerit: nam alterutrum si ab eo exigitur, cogitur præstare aliquid prinsquam absolvatur: quod regula prohibet. Licet ergo reo actore non probante nec iurare nec referre iusiurandum, ut nihilominus ipse debeat absolvi. Quod rursum si verum est: falsum est quod traditur in L. manifestæ, *hic*: *manifestæ turpitudinis et confessionis esse*, *nolle nec iurare*, *nec referre iusiurandum.* Nullius turpitudinis est facere, quod iure permittitur. *L. 4. §. ult. infr. de cond. ob turp. cau.* Nec pro confesso habetur is, quem iure absolvi oportet: cum confessi in iure pro iudicatis habeantur. *L. 1. infr. de conf. L. unica*, *C. eod.* Quapropter videndum est, quomodo regula superiore hoc edictum, et ea necessitas iurandi, quam diximus in reo saltem non tollatur. Et Bartolus ad *L. manifestæ*, *hic*, reiecta Accursii partim falsa, partim inepta ad hæc concilianda opinione, refert 4 omnes doctores ad suam ætatem in hanc

4) Dissident tamen et in hoc, num delatum ab eo qui nihil omnino probavit, si nec præsumptione juris aliqua vel ipse juvatur, vel adversarius urgetur, recusari nequeat. Nam quod possit, statuunt *gl. in L.* 3. *Cod. tit.* Bald. Salic. Bart. Abb. et alii quos refert Red. Suarez. *in L.* 4. *fori tit. de Iuram. n.* 5. *et* Mascard. *de Prob. Vol.* 2. *Concl.* 957. *n.* 7. *et* Menoch. *Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 81. *n.* 2. qui hanc communem vocant. Cui et adhærent Ioan. Tavard. *ad* §. *item si* 11. *I. de act. n.* 12. Marsil. *Singul.* 83. (testatus ita pluries se obtinuisse) Fr. Herculam. *de Probanda negativa n.* 204. Hart. Hartm. *Obs. Pract. Tit.* 13. *Obs.* 3. *n.* 5. Stiat. *Obs. Pract, Cap.* 20. *n.* 57. *et seq.* (qui ita se obtinuisse gloriatur) Cothm. *Cons.* 82. *n.* 18. *et seqq.* Anton. Fab. *Cod. suo hoc tit. Definit.* 23. *et* Caroc. *de Juram. lit. decis. Q.* 1 *principali* ubi *n.* 4 hanc magis communem vocat. Movetur (1) *Cap. ult.* §. *ult. ext. hoc tit.* (2) Actor et reus ad imparia obligari non debent. Ab actore plene probante reus condemnatur, nec iurijurando locus, adeo ut nec contraria consuetudo valeat. *C.* 2. *de prob.* Ergo nihil probante actore absolvendus reus, etsi non juret et *ut L.* 4. *Cod. de ed.* etsi nihil præstet (3) Alias levissimus quisque, cui tuto non refertur juramentum, ad judicium prosiliens pro arbitrio molestiam creare poterit alteri, eumque jurisjurandi præstatione onerare. Alia quoque argumenta profert. Coth. *d. loc.* Et quidem (1) Jurijurando ait, ita demum locus, si factum probari nequeat. *Exod.* 22. *v.* 10. *et* 11. (2) Non temere deferendum; sed quatenus fieri potest, evitandum. (3) Certis casibus deferri potest, sine probatione prævia *L.* 26. §. *ult. verb. in quo casu C. de Usur.* Ergo regula est in contrarium. (4) Jurisjurandi conditio ita admittenda, si probationes deficiant.. Ergo ita demum, ait, si probationum inopia, si difficilis ea, si suspicio adsit, aut si deferens præsumptione gravi nitatur. (5) Etsi caussa dubia. *L.* 31. *h. t.* Contra quod nequeat hinc recusari. Castr. Ang. Alex. et Alberic et alii, ref. Suarez. *d. loc. n.* 6. *et seq.* qui hanc æquiorem et veriorem vocat *ibid. n.* 9. Quam amplectuntur Sneidvin. in §. 11. *de act. n.* 21. ubi post Ias. eam communiorem vocat, ut et Gilken. *ad L.* 3. *C. hoc tit. n.* 7. Parlador. 2. *Rer. Quotid. c. fin. P.* 1. §. 3. *n.* 2. Fachinæ, 1. *Contr.* 19. Et communem fatetur, licet eam reprobet, Cotman. *d. Cons.* 82. *n.* 12. Etsi alii ut supra contrariam receptam vocent, ut et Vigel. *Meth. jur. controv. Lib.* 2. *Cap.* 15. *Reg.* 11. *Exc.* 5. illam magis approbari a DD. reprobandam tamen, quod alia sit ratio decisorii, alia suppletorii juramenti. Sed et hanc Theorici probant. Cujac. 22. *Observ.* 28. Duar. *in Prior. Com. hoc tit. Cap.* 6. *et in Poster. Cap.* 3. Forcat. *Dial.* 54. *n.* 4. *et* 5. Iac. Gourre. *ad L.* 2. *C. de resc. vend. pag.* 157. *ac seq.* Bronch. 2. *Ax.* 24. Et pro ea clari textus (1) *L.* 35. *pr. h. t. omnibus probationibus aliis deficientibus.* (2) *L.* 25. §. *pen. de probat.* (3) *L. ult. Cod de fideicom.* (4) *L.* 12. *pr.* ibi *vel in principio litis.* Ergo et quo tempore nondum quidquam probatum. *Cod. hoc. tit.* 5. *L. ult.* §. *licentia* 10. ibi: *vel per sacramentum illius*, *si aliæ probationes defecerint.* Cod. de jure delib. (6) Edictum Prætoris *L.* 34. §. 6. *hoc tit.* indistincte hoc loquitur sine conditione probationis antea factæ. (7) Generalis quoque *L.* 38. *hoc tit.* definitio. Denique 1. *Feud.* 4. §. 2. Accedit donat. in *Hecyra* Terent. *Ubi*, inquit, *argumenta et testimonia deficiunt*, *jurejurando opus est.* Cujac. *d. loc.* Atque hoc utilius, faciens ad expeditionem litis. Eoque maturius uti juramento convenit, quo magis expedit lites citius fieri. Et jure Sax. hæc quæstio clare decisa, *Lib.* 1. *Artic.* 6. *et Lib.* 2. *Art.* 22. Beust. *in Rub. D. h. tit. n.* 70. Facs. *Inter diff. Zobel. P.* 1. *Diff.* 21. *n.*

hanc distinctionem consensisse, quam et ipse ut verissimam sequitur: ut dicerent, si actor statim fateatur apud magistratum se non posse, aut nolle probare, quod intendit, ideoque statim iusiurandum deferat, ibi iusiurandum recusari non posse; sed cogendum reum ex edicto aut iurare, aut iusiurandum referre, nec aliter eum absolvendum. Quod si actor onus probandi assumat, cumque dilationem ad eam rem accepisset, tandem defectus probatione iusiurandum deferat: tum regulæ locum esse, ut non sit cogendus reus vel iurare, vel iusiurandum referre, sed statim sit absolvendus. Neque id adversari edicto: quia edictum sic esset intelligendum, ut necesse esset iurare aut referre iusiurandum, nisi iusta ex caussa iusiurandum recusaretur: hæc autem iusta esset caussa recusandi, quod actor probationem in se assumpsisset. Et verisimile est, hanc sententiam illam ipsam esse, quæ hinc sumpta, relata est in *C. ult. ext. eod.* sic enim illic verba sunt: *sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet, etsi nihil præstiterit, obtinere.* Non dicitur, si actor non probet, sed si actor in probatione defecerit: quæ verba ad eum referuntur, non qui statim omnem probationem abiiciat, sed qui probatione suscepta deficiat in eo, quod suscepit. Sed neutra pars huius distinctionis vera est, et semper res in eodem luto hæsitat. Volunt si actor apud magistratum statim initio litis omissa omni alia probatione iusiurandum deferat, reum cogendum iurare, aut iusiurandum referre. Dicitur hoc convenienter edicto; sed regula refragatur. Verum est enim, etiam eum actorem non probare; qui statim probationem omittit. Regula autem sic concepta est: ut velit, non actore deficiente in probatione, sed actore non probante reum obtinere, etsi nihil præstet: ut hoc saltem quærendum fuerit, quomodo regula hac in parte cum edicto, cum *L. manifestæ, hic,*
7 *cum L. delata, C. eod.* conveniret. † Sed quod præcipue animadvertendum est, volunt, si actor initio probationem in se susceperit, ac deinde probatione defectus iusiurandum deferat, reum non esse cogendum iurare, aut referre; sed statim quamvis nihil præstet, esse absolvendum. Sit hoc sane ex verbis superioris regulæ, atque sententia: at edicto adversatur. Ita dum regulam volumus servare, edictum amittimus. Nihil enim distinguit prætor; sed omnem reum a quo iusiurandum petetur, cogit iurare aut solvere, nisi referat iusiurandum. *L. iusiurandum et ad, §. ait, et §. datur, hic.* Petit autem iusiurandum tam is qui petit postea, quam qui ab initio. Sed et quod dicitur in *L. delata, C. eod.* reum per iudicem necesse habere iurare, satis indicat etiam tum eum cogendum, cum actor probatione suscepta paulo longius in iudicio processit: sic enim proprie iudex esse incipit, si res subiiciatur eius cognitioni. Negant tamen edictum repugnare, quo minus hic iusiurandum recusetur; quia sit iusta recusandi caussa: Si quidem esset iusta, recte dicerent. Nam et ita ius esse, ut ex caussa recusari iusiurandum possit, paulo post ostendemus. Sed quam hic caussam adferant, videamus. Quia, inquiunt, reus in se suscipiendo probationem, iuriiurando renunciavit. Hoc vero aperte falsum est. Ut enim nemo prohibetur pluribus defensionibus uti, quamvis diversæ sint: *L. nemo, infr. de exc.* sic nemo pluribus generibus probationum, aut viis ad aliquid obtinendum. Licet uti argumentis; licet et instrumentis, et testibus simul in eadem caussa *L. 1. C. de testi.* Quod si quis cœperit rem testibus probare, nemo unquam dicet, quia diffidat se id posse consequi testibus, prohiberi eum uti instrumentis, vel argumentis; aut contra, cum liceat, simul uti omnibus. Denique ad unam probationis speciem cognitio alligari non debet, sed quodcunque ad vincendum actor aut reus adferet, id iudex admittere iubetur, et inde ex animi sui sententia æstimare, quid credat, aut sibi parum probatum opinetur. *L. 2. §. eiusdem, infr. de testib.* Atqui ad convincendum reum duæ hæ rationes proditæ sunt iure inter cæteras, idonea probatio, et delatio iurisiurandi: Nam et hæc pertinet ad eruendam veri confessionem ad–

6. Coler. *Decis.* 122. *n.* 2. ita in judiciis servari testatus. Nec obstant superius adducta. Nam (1) *d. Cap. ult.* loquitur de juramento purgatorio et suppletorio a judice deferendo. Ad (2) Respond. dissimilia hæc. Illic juramentum supervacuum, quia caussa ex probatione satis liquida. Hic vero negatione adversarii dubia. Fachin. *d. C.* 19. Quid quod sæpe actori a reo defertur. Ubi certe non est deferentis ut antea aliquid probat: Finge: Convenis me ex caussa mutui. Ego defero juramentum. Dicesne me non antea audiendum, quam aliquo modo probavero mihi nihil creditum esse add. *infr. N.* 6. Ad 3. Respond. Huic periculo occurrit jusjurandum calumniæ ut *C. seq.* Facilius diluuntur rationes Cothmanni, quæ nec sibi probe constant, si in thesi applicentur. Aliquando magis conveniunt in specie illic proposita, *dict. Cons. n.* 34. ubi nempe plurium testium copia est, qui possunt id, quod in actionem deductum, verum vel falsum affirmare. Et ubi ordinario medio probationis legitimæ veritas haberi potest. Alias rationes. (1) et (4) fortius retorqueri, manifestum est. Ad (2) Respond. Immo ubi aliquid jam probavit deferens, major metus perjurii quam ubi nihil. Ad 3. Resp. *d. L.* 26. *in fin.* loquitur de juramento purgationis deferendo ei, qui suspectus de fœneratitia pravitate, et male huc applicatur. Ad 4. Respond. confunditur jusjurandum necessarium cum judiciali, cujus longe alia ratio.

adversario: quem credibile est iureiurando sibi delato, priusquam peieret, ultro de re confessurum esse, siquidem iurare cogitur. Quamobrem nihil vetat utramque ex his tentare in iudicio, et una earum initio instituta, si ea non succedit, ad alteram confugere. Sed probat Bartolus renuntiationem ex *L. si quis iusiurandum*, *C. eod.* qui locus potius eum confutat. Diserte enim illic cautum est de eo, qui primo iusiurandum detulit: postea quod detulerat, priusquam præstaretur, revocavit, dum existimat se posse probare quod intendit: tandem mutato consilio rursum ad iusiurandum recurrit. Hoc illi denegatur, addita hac ratione, quia *absurdum sit redire ad hoc, cui renuntiandum putavit, et cum desperavit aliam probationem, tunc denuo ad religionem convolare.* Ergo si quis ante iusiurandum non detulit, aperte cessat constitutio: quia neque intelligitur revocasse, qui prius non detulerat, nec denuo ad iusiurandum convolare, qui nunc primum id defert. Quid ergo? [5] actore statim non probante, aut postea in probatione suscepta deficiente, si is iusiurandum deferat, reus absolvendus non est, sed aut iurare cogendus, aut iusiurandum referre, nisi sit iusta aliqua recusandi caussa? Plane hoc dicimus, idque edicto expressum est in *L. iusiurandum et*, *§. ait*, *hic. et in L. delata*, *C. eod.* Quid ergo superest, dicat aliquis, nisi ut manifeste regula superior adversetur: quæ tam diserte actore non probante vult reum obtinere, etsi nihil ipse præstet? Nullo vero modo ea adversatur: quia neque ad actorem iusiurandum deferentem, neque ad reum id sine caussa recusantem pertinet: ut caussa omnino non fuerit, cur propter hanc ita edicti verba et sententiam, tum *L. manifestæ*, *hic*, convellere aut mutare vellemus. Non pertinet [6] regula ad actorem iusiurandum deferentem: quoniam de actore non probante loquitur: non est autem in hoc numero is, qui defert iusiurandum. Hæc enim delatio ita actori iure tributa est, ut si adversarius recusaverit, statim ea res actori pro iusta probatione cedat: placet enim reum haberi pro confesso ac velut convicto. *L. manifestæ*, *hic.* Neque vero alia de caussa ita habetur, quam quod actor iusiurandum deferendo, reum in eam necessitatem confessionis, quæ omni probatione maior est, conjecit: idest, hoc facto istam sibi velut probationem comparavit. Atque ut forte quis dicat actorem hoc modo pro probante haberi: non debere tamen regula ad eum reum, qui iureiurando delato non vult iurare, neque referre iusiurandum, haud dubie non pertinet. Hoc enim sumo, quod omnes concedent, regulam non pertinere ad confitentem reum, sed ad negantem id, cuius probatio ab actore exigitur. Quorsum enim exigere probationem eius, quod reus ultro confitetur, cum eo confitente lis tollatur? *L.* 3. *C. quib. ad lib. pro non lic.* Sed et illud certi iuris est, confitentem in iure reum non esse absolvendum, sed statim damnandum, ut solvat, eique spatium ad solvendum dandum, si petat: idem nimirum, quod iudicatis. *L. si debitori*, *supr. de iud.* Itaque est hic sensus regulæ: actore non probante, reus qui negat, quod intenditur, et ob id ut in re controversa iuste probationem ab actore exigit: hic inquam, reus actore non probante obtinere debet, etsi ipse nihil præstiterit. At hoc concesso res confecta est. Reus enim qui iusiurandum delatum recusat sine caussa, hoc ipso confitetur se debere: certe iure pro confitente habetur. *d. L. manifestæ*, *hic.* Quo fit, ut ad hunc regula non pertineat, eoque nec adversetur edicto, quod de eiusmodi reo scriptum est: proinde nec patrocinetur reo, quominus iureiurando sibi delato ex edicto iurare debeat, quantumvis actor nihil probaverit. Hanc regulam si ita acceperunt juris Pontificii auctores in *d. C. ult.* *§. sane*, *ext. eod.* recte senserunt. Sin aliter: non magis sunt audiendi, quam illi ex nostris, a quibus istam sententiam, de qua dixi, sunt mutuati. Constabit igitur hæc sententia de necessitate suscipiendi iusiurandi: cum iusiurandum in iudicio delatum est, non tantum si a iudice pro auctoritate delatum erit, sed etiam si a parte parti, necessitatem imponi ei, cui delatum est, ut suscipiat: verum hactenus, ut non possit recusari sine caussa legibus cognita. Cæterum ex caussa utrumque potest *L. generaliter*, *§. sed iuramento*, *C. eod. c. ult. extr. eod.* Idque ita esse, caussis ipsis expositis evidentius patebit.

5) Ita et Fachinæ. 1. *Contr.* 20. et consentit Busius *ad L.* 38. *h. t.* Quomodo pluries Senatus Pedemon. judicavit, Cacheran. *Decis.* 97. *et* Tessaur. *Decis.* 93. *initio.* Ac facit 2. *Feud.* 33. §. *ult.* (Diss. cum DD. vulgo Mynsing. *ad Cap.* 2. *extr. de probat. n.* 11.) Sed hæc ita, ubi publicatæ jam attestationes et inde cognovit actor, se per testes suos nihil probasse. Antea si deferre velit, non audiendus, ne si reus juraverit, postea perjurium ejus detegatur. Vid. Tessaur. *d.* loc. *et* Anton. Fab. 19. *Err. Prag.* 9. Quin et si sententia probationem injunxit, non licere hoc jusjurandum deferre judicatum, ut ex M. Pist. *not. supr. Cap.* 10. *N.* 6.

6) Bronch. 2. *Ax.* 24. post Cujac. 22. *Obs.* 28. Resp. etsi nihil præstet, id est, non probet exceptionem, quam contestatus est. Duar. *in Comm. hoc. tit. Cap.* 6. regulam *d. L.* 4. intelligi debere cum hac exceptione. Occurrere hic *ἀντινομίαν κατὰ περίστασιν* Proinde nos sequi quod utilius est.

bit. Aliter tamen recusari potest, quod a parte parti defertur; aliter quod a solo iudice: ut in his caussis exponendis separatim de utroque dicendum sit. Cuius partis explicatio eo nobis difficilior est, quod nusquam ex professo de his caussis agitur sub his titulis, ac ne indicatur quidem quidquam, unde eas caussas vel procul coniicere liceat. Quinimo ea sunt hic de his tradita, quæ hanc cognitionem magnopere impediunt. Proponuntur enim alicubi, et quidem tum, cum de hac facultate ex professo agitur, iurisiurandi recusandi caussæ ad summum duæ, et intra eas consistitur in *L. iusiurandum*, *et* §. *ait*, §. *datur*, *hic*, *et in L. delata*, *C. eod.* Quorsum, dicat aliquis, nisi ut significetur plures non esse? quod tamen longe secus est. Danda est ergo opera, ut hæc quoque pars nobis ex suis locis recte et dilucide aperiatur.

CAP. XIII.

Recusandi iudicialis iurisiurandi caussæ

SUMMARIA.

1. *De calumnia si postulanti prius non iurat, qui iusiurandum detulit, recte recusatur iusiurandum, et cur.*
2. *Jusiurandum de calumnia quibusdam remitti, et quibus.*
3. L. ult. C. de fruc. et lit. exp. *sententia.*
4. *Auctor feudorum in* Tit. de consu. recti feu. §. in quibus, *notatur.*
5. *Jusiurandum de calumnia in hac caussa non abrogari.* Novel. de his qui ingre. ad app. §. ult. *et de sententia eius loci.*
6. *De calumnia non iurantis pœna duplex.*
7. *Revocato semel iureiurando, postea id deferre invito non licere: et hinc recusandi caussa.*
8. *Referre iusiurandum licere, ut hoc facto quis non cogatur iurare: sed non semper, et quibus de caussis non liceat.*
9. *Ignota de re nemo iurare cogitur.*
10. *Jusiurandum improbatæ religionis nemo subire cogitur.*
11. *Cœremonia iurisiurandi quatenus præstet recusandi caussam.*
12. *Jusiurandum recte recusatur, ex quo imminet periculum existimationis, et ubi hoc periculum, ac de* L. alias, hic, *et n.* 15.
13. *Jusiurandum item, quo amittitur quod non iurans habiturus fuerit: et ubi id accidat.*
14. *Emptor de proprietate rei a se emptæ, an iurare cogendus sit.*
15. *Jusiurandum quod iuranti inutile futurum est ex persona deferentis, recte recusatur: et* de L. alias, hic.
16. *Qui de re iam idonee probavit, is iurare cogendus non est.*
17. *Caussas iustas recusandi iurisiurandi non reiici edicto, non* L. manifestæ; *hic, et cur, cum hæc sine exceptioae de non iurante cogendo generaliter scripta sint.*
18. *In* L. ideo, rer. am. *quid sit*, edictum ita ordinatum videri, *ne quis iurare cogatur de facto alieno.*
19. *Non esse idoneam caussam iurisiurandi recusandi, si is qui defert, sit turpis et peierare solitus.*
20. *Nec Episcopis et Ministris verbi Dei iusiurandum remitti.*
21. *Iusiurandum quod a iudice defertur in dubiis caussis, recusari non posse: nisi sit de re ei cui defertur, ignota, aut illicitum.*

JUstæ vero sunt ad id iusiurandum, quod a parte parti defertur, recusandum [1] caussæ. Quæ numero plures et variæ cum sint, ad certa et pauca hæc genera revocari possunt. Sic enim sunt constitutæ, ut partim ex facto deferentis recusanti nascantur; partim ex facto ipsius cui defertur; partim ex re quæ postulatur, idest, iureiurando. In deferente duo facta sunt, quibus ipse sibi deferendi potestatem adimit: unum, si iureiurando a se delato recuset ipse, postulante adversario, prius iurare de calumnia; alterum, si iusiurandum ante a se delatum revocaverit, quod nunc iterum tentet exigere. Prius constitutum edicto; Posterius constitutionibus: unde totidem ad recusandum caussæ ex facto deferentis. † De iureiurando de calumnia ita scriptum est in *L. iusiurandum et ad* §. qui iusiurandum, *hic*, *qui iusiurandum defert*, *prior de calumnia debet iurare*, *si hoc exigatur*: *deinde sic ei iurabitur.* Hoc vero nihil aliud est, quam ei qui iusiurandum defert, priusquam iuret ipse de calu- 1

lu-

1. Caussas recusandi XIII. recenset Gilken. *in L.* 12. §. 1. *Cod. h. t.* XVII. vero Caroc. *Quæst.* 32. *principali et* Purpurat. *ad L.* 38. *h. t.* ref. Thessauro *Decis.* 256. *n.* 1. 20. denique Lancell. Conrad. *de Offic. Præt. in causs. civil. V. Juramentum n.* 8.

lumnia, non necesse habere adversarium iurare, sed iuste ab eo iusiurandum recusari. Exigendi huius iurisiurandi ratio hæc fuit. Fieri enim potest, ut qui defert iusiurandum, sciat sibi nihil deberi: idcirco autem deferat, quia vel adversarium traducere cogitet tanquam religionis contemptorem, si iuraverit; vel existimet illum metu religionis non facile iuraturum, et hac illius superstitione in re falsa abutatur. Id quod si neget se sentire, est æquissimum, ut adversario iusiurandum de ea re postulanti non deneget, qui ab illo de ipsius affirmatione aut inficiatione iusiurandum postulat: ut eam conditionem prius in se [2] admittat, quam in adversarii persona æquam esse iudicavit. *L.* 1. *supr. quod quis. jur.* Sed cum ex hac parte ita demum nascatur iusta recusatio delati iurisiurandi, si iusiurandum de calumnia prius iniungatur deferenti, et ab eo non præstetur: eo fit, ut non semper liceat iusiurandum de lite delatum recusare ob non præstitum a deferente iusiurandum de calumnia: quoniam neque simpliciter iniungitur hoc iusiurandum iis, qui iusiurandum de lite detulerunt, neque iniungitur omnibus. Iniungitur hac conditione, si exigatur. *d. L. iusiurandum et ad, qui iusiurandum*: intellige ab eo, cui iusiurandum de re et lite defertur, idest, si is, cui iusiurandum defertur, postulet a deferente, ut prius de calumnia iuret. Proinde si hoc ille non exiget, nulla ei recusandi, aut improbandi iurisiurandi caussa futura est ob id, quod qui de lite detulit, prior de calumnia non juraverit. Idque est, quod dicitur [3] in *L. delata, C. eod.* satis esse ad reum iurare aut referre cogendum, si conditione delata ab actore, per eum non stet, quominus de calumnia iuret.

Sed et † quibusdam hoc iusiurandum re- 2
mittitur, ut cum hi iusiurandum de lite deferent, non possit adversarius delatum recusare ideo, quia illi de calumnia nolint prius iurare. Hi sunt patronus, et parens. His vero remitti iusiurandum de calumnia tam multis et his tam diserte scriptis locis testatum est, ut de eo ambigi non possit: ut *L. licet, infr. de obs. a lib. L. si patronus, hic. L. de die, §. ult. supr. qui sat. cog. L. qui bona, §. si aliter, infr. de dam. inf.* Quod eo moneo, ut manifestum mendum esse intetelligatur in Pand. Florent. in *d. L. iusiurandum, et §. qui iusiurandum*, cum ita scriptum est, *hoc iusiurandum de calumnia neque patrono, neque parentibus remittitur.* Ubi apparet ita legendum esse; hoc iusiurandum de calumnia [4] æque patrono atque parentibus remit-

2) Quam fidem ex aliis quærit, de moribus suis ipse præstet, *Novell. Leon.* 99. Et licet jure Saxon. generale jusjurandum calumniæ in usu non sit, ut not. *supr. h. lib. Cap.* 3. *N.* 5. speciale tamen hoc eo quoque jure præstandum, per text. *Lib.* 2. *art.* 22. Fachs. *Diff. jur. civil. et Sax.* 52. *inter diff.* Zobel. *P.* 1. *Diff.* 21. *n.* 8. *et Diff.* 47. *inter* Zobel. *Diff.* 24. *P.* 1. Beust. *ad Rubl. D. h. t. n.* 181. Obrech. *de Iurejur. calum. cap.* 2. *n.* 7. Confirmat. *Novel. Elect. Augusti* 12. *P.* 1.

3) Don. *ad d. L.* 9. *n.* 4. Recte. Neque enim convenit, ut ipse sponte se ad jurandum offerat. Ac licet de juramento calumniæ generali num tacite remitti possit, anceps contentio, ut not. *supr. C.* 3. *n.* 15. quin tamen speciale possit, non ambigitur, *L.* 6. §. 2. *de eden. L.* 5. §. 14. *de oper. nov. nunc.* Cum ob privatam cujusque caussam exigi soleat, nec ad judicii ordinem pertineat, Forner. 2. *Select.* 4. Obrecht. *de Iuram. calum. C.* 11. *n.* 13. *et seq.* Plane etsi non protinus post ipsam delationem, aut dum illud acceptavit, hoc a deferente exigit, postea tamen exigere potest, Caroc. *Q.* 13. *principali n.* 3. Rauchb. *Part.* 1. *Q.* 10. *n.* 16. Quin et in secunda instantia, ac prosecutione appellationis aute præstitum juramentum principale exigi potest, Beust. *in Rub. h. t. n.* 191. Rauchb. *d. loc. n.* 20. Ac licet Zobel. *P.* 1. *Diff.* 24. *n.* 1. velit post litem contestatam vel guarandam præstitam, exigi hoc non posse, quod stabilito judicio nihil immutari debeat. Contra tamen recte Rauchb. *d. Q.* 10. *n.* 20. *et seqq.* Sed quid si necessitas jurandi reo sententia imposita, eaque vires rei judicatæ sortita, nunquid hoc calumniæ sacramentum potest ab actore qui detulerat, exigere? Ita post magnas varietates obtinuisse refert Rauch. *d. Q.* 10. pluribus id argumentis firmans et ex eo transcriptor Setser. *Lib.* 4. *C.* 5. *n.* 8. *et seqq.*) ut et Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 14. Rationes præcipue hæ: (1) Lege non cautum quod hoc peti debeat ante sententiam latam. Hic autem potissimum cum de excludendo aliquem jure suo agitur, nihil sine lege asserendum. (2) Actus, cui peragendo certum tempus lege non præfinitum, quocumque expediri potest. (3) Et alias juramento calumniæ locus in quavis parte litis, ante conclusionem caussæ. (4) Si qui simpliciter conditionem jurandi suscepit, tamen hoc postea recte exigit, ut dictum: magis utique cui sententia id injunctum. Quippe minus huic imputari potest, cur non prius exegerit, qui ante sententiam putavit non rite delatum esse. Et nulla mora, ubi nulla obligatio, et in iis quæ non sunt liquida. Ergo neque hic ante sententiam. Quæ postrema ratio satis valida.

4) Quam affirmativam lectionem se in duobus manuscriptis invenisse scribit Obrech. *de Iuram. calum. C.* 5. *n.* 29. Sed et ipse tum in iisdem duobus in Bibliotheca ejusdem Clariss. viri, Argentinæ, tum in pluribus aliis, quos diversis locis ac Bibliothecis publicis perscrutatus fui, eandem reperi, nullo penitus eorum quos ipse adii, ut minimum in hoc discrepante, etsi alii sic: *æque Patrono atque parentibus*, alii *æque Patrono parentibusque*, alii *patrono parentibus*, sine conjunctiva particula. Convenit *Synops. Basil. Lib.* 22. *tit.* 5. *Cop.* 30. ὄν ὐκ ὄμνυσι πατὴρ ἤ πάτρων Et ita Cujac. 9. *Obse.* 37. Duar. *in Poster. Comm. h. t. C.* 3. Pac. 3. *Q.* 83. Leunclav. 2. *Notator.* 37. Mercer. *in Conciliat. p. m.* 707. Leon. 5. *Emend.* 20. Anton. Fab. 1. *Iurispr.* 5. *Princ.* 2. *Illat.* 9. Borch. *C.* 7. *n.* 23. *et seq.* (et ejus verbis Sets. *Lib.* 3. *C.* 3. *n.* 42.) Gilk. *ad L.* 9. *C. hoc tit. n.* 3. Speckh. *Cen.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 24. Val. Guil. Forst. *de Iur. Interpr. Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 15. Quomodo et nulla mentione variantis lectionis legunt Sich. *ad L.* 2. *pr. C. de jur. calum. n.* 9. Frid. Schenck. L. Baro a Tautenb. *Progymnasm. fori Lib.* 2. *tit.* 8. Caroc. *h. Tr. Quæst. principali* 13. *n.* 12. Sane Forn. 2. *Sele.* 4. statuit regulariter hoc remitti parentibus, etc. Sed exceptionem esse, nisi propter rem juretur, veluti de pecunia credita ab actore vel reo, *L.* 14. *h. t.* Sic accipit negative lectionem Florent. *d. L.* 34. §. 4. Sed notatur a Cujac. 9. *Obs.* 37. *circ. med.* quia jusjurandum de calumnia, de person est, non de re. Et si honor personis his babendus, remit illis convenit.

mittitur: ut et legitur in aliis exemplaribus, et legisse Accursium in glossa eius §. constat. Tributum hoc est [5] honori parentum et patronorum, ne qua adversus eas actio intentetur, ne qua is exceptio obiiciatur, ne qua sit denique ab his postulatio, quæ doli aut fraudis habeat mentionem. *L. 2. L. parens, L. Licet, infr. de obs. a lib.* Patrono remitti hoc iusiurandum cum dicimus, intelligi volumus etiam patronam, liberosve aut parentes patroni patronæve: nam et his idem honos edicto tribuitur. *d. L. parens, de obs. a liberis.* Jure feudorum et domino hoc iusiurandum remittitur adversus vassallum et contra vassallo adversus dominum. *Tit. de consu. rect. feu.* [6] §. *in quibus.* Sed de calumnia, inquam, iusiurandum his remittitur; *quoties autem propter rem iuratur*, ait Paulus, non item. *L. quoties*, hic. *Propter rem* sic accipe, propter rem de qua agitur, idest, litem, seu rem quæ in iudicium deducta est, ut exemplo ibidem Paulus declarat: neque enim in hoc iureiurando deferendo aut doli mali, aut calumniæ parentis, patronive fit mentio.

Quæsitum est, an quod parenti et patrono hic tribuitur, contra quoque tribuendum sit filio et liberto, ut his iusiurandum parenti aut patrono deferentibus, ipsis quoque iusiurandum de calumnia itidem remittatur. Non quærerem; nisi vulgo placeret idem esse tribuendum: hoc enim Accursius [7] probat *Tit. de consu. rect. feud.* §. *in quibus*, et cum aliis Bartolus *ad L. iusiurandum et*, §. *qui iusiurandum*, *hic*, idque his argumentis: primum quod quibus privilegiis in iudicio quis utitur, iisdem et adversario uti concedendum est, ut est constitutum *L. ult. C. de fruct. et lit. exp.* deinde quod ut iusiurandum de calumnia remittitur domino feudi deferenti iusiurandum vassallo, ita placet remitti et deferenti vassallo in *d. tit. de cons. rect. feud.* §. *in quibus*, addita hac ratione, ut quod quisque iuris in alium statuit, ipse eodem iure utatur. Ego autem miror, quomodo illis hæc sententia etiam in mentem venire potuerit, quæ tam manifeste falsa est. Cur enim parenti et patrono remittitur iusiurandum de calumnia? nominatim hac de caussa, quia filius parenti, libertus patrono honorem et reverentiam debent: quibus repugnat parentem patronumve alicuius doli aut calumniæ insimulare. *L. 2. L. licet, infr. de obs. a lib.* Itaque huic beneficio personæ conditio et certa caussa locum facit. Nihil est in toto iure certius, quam ubi personæ conditio et certa caussa locum facit beneficio, ibi deficiente persona et caussa beneficii, beneficium quoque deficere. *L. in omnibus caussis id observatur, infr. de reg. iur. L. quod dictum, supr. de pact.* An ergo eadem est persona filii quæ patris; eadem liberti, quæ patroni? aut an æque pater filio, aut patronus liberto honorem debet? Imo utrumque absurdum est dicere. Absurdum igitur ob eandem caussam idem filio et liberto tribui. Vel hoc ipsum, quod tot locis traditum est, remitti hoc iusiurandum nominatim parentibus et patronis, satis argumenti esse debebat, retineri id in aliis omnibus, in quibus eadem ratio non sit, atque in his regulam huius edicti confirmari, nisi quid et de aliis alibi cautum esset. *L. quæsitum*, §. *idem respondit domo instructa legata, infr. de iust. vel inst. leg.* Atqui hoc iusiurandum filiis aut libertis remitti nusquam legimus: et vero absurdum esset pariter remitti, ut ostendi. † 3
Moventur *L. ult. C. de fruct. et lit. exp.* quam omnino male acceperunt. Scripta est enim adversus eos, non qui beneficio quolibet donati sunt, sed qui privilegio: neque adversus hos omnes, sed eos qui eodem hoc privilegio in iudicio utantur: placetque, ut adversario contra eodem iure in eo iudicio uti liceat. Quorum neutrum dici potest in iureiurando calumniæ, quod patri remittitur. Primum hæc remissio non est privilegium: siquidem privilegium est id, quod alicui vel corpori, vel personæ datum est contra rationem iuris, nulla alia de caussa, quam ut corporis eius aut personæ ratio habeatur, est enim privilegium

lex

5.) Ita Borch. *Cap. 7. n. 27. de Iuram. calum. C. 5. n. 21 et seq.* adversari reverentiæ ut hi, quibus ea debetur, in suspicionem calumniæ vocentur. Idemque esse, etsi alieno nomine parens vel patronus interveniat, Caroc. *Q. 13. principali n. 12.*

6) Vid. Vult. *Lib. 2. de Feu. C. 3. n. 16.* ubi inquirit, num idem in Vassallo eo, qui jurejurando fidelitatis non obstrictus, quod affirmat. Plane hanc dispositionem feudalem in Camera non observari verius putat Rutg. Rulant. *de Com. P. 1. Lib. 2. C. 14. n. 12.* Confer. Matth. Boys. *addit. ad Tr. Correlativ.* Baptist. de S. Blasio *C. 3. n. 20.*

7) Ita Cujac. *Lib. 4. de Feud. t. 36.* ut sit jus æquabile. Et generaliter, ait, in omni lite, quod ultro uni litigantium concessit Princeps, eo ut fruatur pars adversa; ne unus plus altero oneretur, *dict. L. ult.* Sed Duar. in *Prior. Comm. h. t. C. 4.* Æqualitas, ait, hæc inæqualis, cum reverentia non sit mutua. Nam et patronus libertum famoso judicio convenit. Et ut Caroc. *Q. 2. Quæst. 13. princ.* magis confidit Lex in patre erga filium, ne caluminiari videatur, quam contra. add. Obr. *de Iur. cal. C. 6. n. 6.* qui ad *d. t. 33. 2. F.* Resp. jus singulare producendum non esse. Diff. cum Bart. et A. del Re *de Iuram. cal. C. 28. n. 19. et 2. seq. et n. 57.* Confer. Nic. Intrigliol. *Tr. de feud. Q. 62.*

lex privata, ius singulare, quod idem personam non egreditur. *L.* 1. *in fi. de const. princ. L. quod contra, L. ius singulare, supr. de legib.* nec melius id declaratur, quam exemplis *d. L. ult. C. de fruct. et lit. exp.* ubi in privilegiis, de quibus illic cavetur, hæc habentur: quod quibusdam conceditur vel sportulas litis non nisi ad certam quantitatem præbere, vel expensas litis aut minuere, aut penitus non agnoscere: quæ omnia contra rationem iuris esse, et ad nonnullam iniuriam adversarii spectare constat. Quod autem remittitur patri patronove, ne iurent de calumnia, non contra rationem iuris, sed certa et manifesta iuris ratione his tribuitur: nempe quod filius patri, libertus patrono natura honorem debet. Quapropter non potest hoc ius ab alio, in quo hæc ratio non sit, ullo modo quamvis in eodem iudicio usurpari. Et certe plus quam ridiculum est, si quia pater postulat in iudicio se pro patre haberi et observari a filio, filius itidem contra postulet a patre se ab illo pro patre haberi. At hoc postulat filius, qui sibi adversus patrem iusiurandum de calumnia remitti postulat, quod patri nisi ob honorem et reverentiam illi debitam remittitur. Sed etsi quis dederit privilegium esse, quod patri iusiurandum de calumnia remittitur: tamen nisi ipse eo privilegio utatur in iudicio, non debet adversario filio idem tribui ex superiore constitutione. Porro cum filius iusiurandum de lite deferet, et volet sibi iusiurandum de calumnia remitti, nunquam potest evenire, ut pater idem postulet, eoque et suo hoc beneficio in hac re utatur. Nihil enim hoc casu relinquitur patri, nisi ut aut iuret ipse, aut filio referat iusiurandum: neque vero iuranti de lite, aut iusiurandum referenti necessitas imponitur de calumnia iurandi, ut necesse sit patri huius iurisiurandi remissionem postulare. *L. iusiurandum et ad, §. datur, hic.* Quare nec ex ea lege filius eiusdem iurisiurandi remissionem impetrare potest adversus patrem, qui in iudicio hac remissione non

4 utitur. † Quod autem in *Tit. de cons. rect. feu. §. in quibus*, scriptum est, quod placuit sacramentum calumniæ a domino non exigi, id etiam de vassallo intelligendum esse, ut quod quisque iuris in alium statuit, ipse eodem iure utatur: non est eiusmodi, ut movere nos debeat. Aut enim auctor sentit etiam vassallo mutuum honorem a domino deberi, propter quem vassallo quoque hoc iusiurandum remitti oportet, aut non deberi. Si deberi: nihil exemplum ad hunc locum pertinet, ubi constat qui honos parenti aut patrono debetur natura, eundem nequaquam deberi filio aut liberto. Si non deberi: non recte sentit, cum exemplo domini colligit etiam vassallo remitti debere iusiurandum. Repugnat recta ratio, et totius iuris civilis consensus, quo fit, ut quod certa de caussa recte et sine alterius iniuria constitutum est, id caussa cessante ad alias res aut alias personas transferri non debeat, *d. L. quod dictum, supr. de pac. L. in omnibus caussis id, infr. de reg. iur.* Sed præcipue hoc ius in eo de quo quæritur, valere oportet. Cum enim iusiurandum remittatur patri propter honorem et reverentiam his debitam: *d. L.* 2. *L. licet, de obs.* non tam absurdum est, quam impium hoc idem tribuere filio adversus patrem, ut et pater hunc honorem præstet filio: idemque de patrono et liberto dicendum est. At enim *quod quisque iuris in alium statuit, ipse eodem iure utatur*, ait auctor superioris sententiæ. Inepta plane ratio ad id efficiendum, quod vult, si dominus vassallo honorem vicissim non debet: certe inepta ad id, de quo nunc agitur. Nam primum hæc verba. *Quod quisque iuris statuit*, ad eos pertinent, non qui iure publico bene constituto utuntur, sed qui aliquid novi, et iniqui iuris statuunt aut impetrant, ut sic videantur ipsi sibi hoc ius statuisse, non ex iure publico sibi tributum accepisse. *L.* 1. *L.* 3. *in pr. §. si is, supr. quod quis iur.* At dominus aut pater cum remissionem iurisiurandi de calumnia impetrant, nihil hic nisi publico iure, et optima ratione constitutum impetrant: ut si quid hic ex iure faciunt, id illis apud alios fraudi esse non debeat. Deinde ex superiore regula non cogitur quisquam eodem iure uti, nisi qui id ius ante sibi statuit, idest, aut id postulavit, aut alio postulante et impetrante, eo iure usus est *d. L.* 3. *in pr. quod quis, iur.* Jam autem dixi, cum filius iusiurandum patri deferens volet sibi remitti iusiurandum de calumnia, nunquam accidere, ut pater in eo iudicio idem petat: ut is possit dici id ius sibi statuere, etiamsi maxime eo iure uti posset, si vellet. Quare ne sic quidem regula ad eum pertinet. Postremo ut usus maxime esset pater eo iure: tamen regula superiore nihil amplius ab eo exigitur, quam ut filio postulante eodem iure utatur. Non ergo cogitur alio iure uti, sed eodem. At cum filius postulat sibi a patre remitti iusiurandum de calumnia, ut et patri remittitur: postulat ut pater utatur non eodem iure, sed plane dissimili. Prius enim honos habitus est patri a filio; nunc conversa plane

ne ratione atque æquitate, postulat filius ut sibi honos deferatur a patre: quod non magis priori simile est, quam si postulet filius se pro patre haberi. Ita potius ratio et regula superior adversus istos convertitur.

Dicendum est igitur, si quibus iusiurandum de calumnia remittitur, his remitti iure civili; parenti, patrono, patronæ, liberisve et parentibus patroni, patronæve: iure autem feudorum, domino adversus vassallum. Fortasse et vassallo adversus dominum, si vera est sententia, quæ refertur in *d.* §. *in quibus*, *Tit. de cons. rect. feu.*
5 extra hos autem nulli. † Nisi tamen hodie in totum omnibus remitti putamus constitutionibus novellis Justiniani, ut iam nulla sit caussa recusandi iurisiurandi ex eo, quod is qui defert, non vult prior de calumnia iurare. Quod quidem vulgo effici putatur *Novell. de his qui ingred. ad ap.* §. *ult.* ubi videtur caveri, ne iusiurandum de calumnia semel initio litis præstitum amplius ab eodem in eadem lite exigatur: idque [8] Accursius et Bartolus scripserunt ad *d. L. iusiurandum et ad*, §. *qui iusiurandum.* Sed recte expendantur verba constitutionis, non ex versione vulgari, quæ tota vitiosa est, et ambiguitate ac perplexitate sua merito nostros illos in errorem inducere potuit; sed ex authentico Greco, et versione Haloandri, qui sententiam constitutionis non paulo melius expressit. Reperietur nullo modo ea lege iusiurandum de calumnia in specie proposita remitti. Nam primum hoc convenit, non vetare constitutionem iusiurandum de calumnia simpliciter exigi post litem contestatam; sed ita, si id iam ante in initio litis in totam futuram litem et litigatoribus præstitum sit, iuxta formam *L.* 2. *C. de iur. prop. cal. dan.* Finge ergo statim initio litis unum ex litigatoribus iusiurandum de lite adversario deferre, prius quam ad instruendum futurum iudicium quidquam actum esset, et invicem ad futuram litem iuratum de calumnia. Nonne a deferente recte petetur ex edicto, ut prius iuret de calumnia, nec quidquam superior conditio obstabit? et apparet nihil obstare. Sed etsi litigatores cum de litigando cogitarent, initio litis solemne iusiurandum de calumnia præstiterint: tamen observetur non vetare illam costitutionem simpliciter, ne iterum id iusiurandum exigatur in eodem iudicio; sed solum ne exigatur [9] de eadem specie, de qua prius specialiter iuratum fuerit. Nam cum illic ageretur de eo, qui probationem alicuius dicti aut scripti exigeret ab adversario, cavet quidem constitutio, ne is cogatur iterum iurare se non calumniæ caussa hanc probationem exigere: sed nominatim hac lege, si initio litis præter generale iusiurandum de calumnia, hoc ipsum etiam specialiter iuraverit, se nullius rei probationem ab adversario calumniose requisiturum. Proinde si id non iuravit specialiter: non prohibet constitutio, quominus id nunc ab eo exigatur, qui probationem requiret: quantumvis prius iuraverit de calumnia generaliter. Hoc si iusiurandum ea lege non remittitur probationem desideranti, ubi prius se in ea petitione nihil calumniæ caussa facturum non iuravit, cum tamen nusquam aperte prioribus legibus hoc iusiurandum ei petitioni imponatur: multo minus ei remitti putandum est, qui iusiurandum de lite quandoque defert, ubi prius se in ea delatione nihil calumniose facturum non iuravit: cum videamus id iusiurandum nominatim hoc edicto ab eo exigi. Ut nihil amplius: certe utrumque eiusdem rationis est, vel quod qui iusiurandum defert, quodammodo probationem sibi parare vult, vel quod novam quæstionem introducit, cuius nomine de calumnia specialiter prius non iuravit.

Manet ergo etiamnunc et post constitutionem superiorem Justiniani eadem necessitas iurandi de calumnia, quæ prius, in ea specie de qua agimus. † Qua necessita- 6
te manente, statuitur ea caussa recusandi delati iurisiurandi, quam diximus, ut si is qui iusiurandum defert, prius ipse de calumnia non iuret, si exigatur, iure adversarius iusiurandum recuset. Illud ad pœnam recusantis iurare de calumnia diligenter hoc loco notandum est, non hanc solum esse pœnam, ne adversarius ei iurare cogatur; sed etiam singularem hanc accedere, ut quamvis adversarius ex hac caus-

8) Quos sequitur Damh. *Prax. Civ. C.* 179. *n.* 4. *et* 5. refellit *Nov. Leonis* 99.

9) Consentit Cujac. *ad L.* 9. *C. h. t. et in Nov.* 49. *sub fi.* Petita, ait, comparatione litterarum, jurabitur iterum de calumnia. *Nov.* 73. petito item jurejurando *Nov. Leonis* 99. Add. Borch. *C.* 7. *n.* 31. Atque ita Vitebergæ judicatum ex attestatione soceri sui Mich. Teub. refert Rauchb. *P.* 1. *Q.* 11. *n.* 5. Quod pluribus firmat *ib. n.* 6. *et seq.* (et ex eo transcripsit Setser. *Lib.* 4. *C.* 5. *n.* 18. *et seqq.*) quia et olim si non necessarium, attamen solitum jusjurandum generale calumniæ initio litis præstare utrinque. Næque tamen restrictio addita, *d. L.* 34. §. 4. nisi prius de calumnia juraverit. Sed et diversa utriusque jurisjurandi capita esse, neque hoc speciale, genera includi ostendit *ibid. n.* 12. *et seq.* Ac ubi in specie exprimi debet, verba generalia non sufficiunt *L.* 35. §. 2. *C. de in off. test.* quia verborum specialium major vis *L.* 25. §. 5. *de acq. her.* Idem contrariis abunde occurrit *d. Q.* 11. *n.* 21. *et seqq.*

caussa non iuret: tamen perinde habeatur, quasi [10] iurasset, ut secundum eum sententia ferri debeat. Sic enim fieret, si is qui iusiurandum detulit, adversario iurare parato, isiurandum remisisset. *L.* 5. *in fin. hic. L.* 1. *L. actori*, *C. eod.* At is cum recusat prius de calumnia iurare, remittenti similis habetur: quam ob caussam non dubitatur, quin ei denegari debeat actio. *L. si non fuerit*, *hic.* Nec abs re. Quid enim interest, utrum qui iusiurandum defert, aperte verbis permittat adversario non iurare, an vero facto aliquo suo declaret se hanc illi potestatem facere? Sic autem de hac pœna posteriore scribit Ulpianus in *d. L. si non fuerit.* Ut appareat eam pertinere etiam ad eum, qui [11] iusiurandum extra iudicium detulit, si ipse adversario suscipiente iusiurandum, et postulante, ut prius iuret de calumnia, nolit iurare. Primum quod Ulpianus eum qui iureiurando delato de calumnia non iurat, per omnia similem facit remittenti. Constat autem, etsi quis extra iudicium detulerit iusiurandum, et adversario iurare parato remittat, non minus prodesse adversario hanc remissionem, quam si ipse iurasset *d. L.* 1. *et L. actori*, *C. eod.* Deinde quod idem ait eum, qui non vult de calumnia iurare, in ea caussa esse, ut debeat denegari ei actio. Non denegatur actio post iusiurandum delatum, nisi ei qui ante actionem institutam detulit. Sed de priore facto deferentis satis: ex quo prima recusandi iurisiurandi caussa ducitur, cum qui defert, prius de calumnia non iurat, postulante adversario.

7 † Alterum eiusdem generis in deferente factum erat, si is iusiurandum ante revocasset. De quo Justinianus ita constituit in *L. si quis iusiurandum*, *C. eod.* ut si quis iusiurandum detulerit, et necdum eo præstito postea id revocaverit, non [12] liceat ei penitus iterum ad iusiurandum recurrere: absurdum enim esse redire ad hoc, cui renuntiandum putavit.

Hæc revocatio quando sit necessaria deferenti supra suo loco diximus. † In eo cui 8
iusiurandum defertur, factum unum est, quo iurandi necessitatem evitat ex edicto, si is iusiurandum [13] referat: datur enim ei hæc facultas, ut si malit referat iusurandum. *L. iusiurandum et ad* §. *datur*, *L. manifestæ*, *hic*, *L. delata*, *C. eod.* Sed tribuitur ei hæc facultas caussa cognita: non ut ei detur probanti aliquam caussam esse, sed ut ei ob iustam caussam denegetur. Tribus autem de caussis [14] is, cui iusiurandum defertur, id referre non potest: vel quia is refert, de cuius solius admisso agitur; vel quia is, qui prius detulerat; vel quia ita convenit, ut cui nunc defertur, is iuraret. Cuius de admisso agitur, is iusiurandum de ea re delatum [15] referre non potest. Sumptum ex *L. Marcellus*, §. *ult. et LL. seqq. infr. de act. rer. amotar.* quibus in locis scriptum est, si mulier iusiurandum marito detulerit, in actione rerum amotarum, ut is iuraret se res non amovisse, et velit iusiurandum referre, aut contra: a prætore non permitti, non magis, quam si quis ei, qui furti agat, iusiurandum referat de eo, an ipse fur sit: idque edicto ordinatum videri. An quod actio famosa est, de qua illis locis agitur? Minime, ut apparet ex actione rerum amotarum: quod iudicium inter virum et uxorem introductum esse constat, quia non sit turpe, idest, famosum. Alioqui furti actio suf–

10) Ex *Cap. caussa*, habetur jusjurandum pro præstito, *Nov. Elect. Sax.* 12. *P.* 1. *in fi.* Et ratio, quia conditio pro impleta babenda, cum per adversarium stat, ne impleatur, Moll. *ibid. n.* 4. Beust. *ad L.* 15. *h. t. n.* 43. Unde et si moram nectente in hoc præstando deferente, alter mortuus, idem statuit Borch. *h. T. C.* 7. *n.* 8. (et hujus verbis Sets. *Lib.* 4. *C.* 5. *n.* 6. *et* 7.)

11.) De hoc valde ambigo, et in negativam propensior sum cum Beust. *ad Rub. D. h. tit. n.* 75. Dispar enim ratio conventionalis, cujus nec præstandi nec referendi ulla necessitas.

12) Ratio dubitandi. Mutatio consilii licita est, dum stat sine alterius injuria. Ratio decid. In rèvocatione non obscura injuria. Revocando enim professus est, se fidem adversarii, cui detulerat, suspectam habere, et religioni ejus stare nolle. Quare postea eum ludificari non debet, Don. *ad d. L.* 11. *n.* 2. add. Zobel. *P.* 1. *Differ. jur. civ.* et *Sax.* 21. *n.* 5. Borch. *h. t. C.* 6. *n.* 18.

13) De relatione hac Vid. Menoch. *Arb. Cap.* 189. Wes. *Cons.* 3. *n.* 50. Pruckman. *Vol. Cons.* 2. *n.* 472. Stiat. *Observ. pract. C.* 20. *n.* 60. *et seq.* Duar. *hoc tit. Cap.* 5. Forc. *Dial.* 54. *n.* 4. Ant. F. 19. *Err. Prag.* 8. Zob. *P.* 1. *Diff. jur. civ. et Sax.* 24. *et* 2. *seqq. P.* 1. ubi *Diff.* 26. etsi jure Saxon. nihil de ea cautum, ex juramento tamen communi ejus defectum suppleri.

14) Sed num his casibus delatum omnino præstari debet, an vero, æque uti relatum, recusari potest. Posterius placet A. Fabro 19. *Err. Prag.* 8. *sub fin.* (1) quia nec audiendus sit, qui jusjurandum defert, quod referente adversario ipse suscipere non possit (2) quia recusans jurare, non pro confesso, si referre paratus, per *L.* 38. *hoc. tit.* Excipit tamen, nisi ex persona ejus, cui defertur, fiat, ne referri possit, ut in actione rerum amotarum. Et ita *Cothman. Cons.* 82. *n.* 77. neminem onerandum jurejurando cui referendi potestas negata. Contra DD. vulgo et Menoch. *Arb. Cap.* 189. *n.* 7. Fach. 1. *Contr.* 21. (et ejusdem verbi transcriptor Sethser. *Lib.* 4. *Cap.* 3. *n.* 41.) quos consule. add. Stiatic. *Obs. Pract. Cap.* 20. *n.* 59. *et seqq.*

15.) Convenit. Menoch. *dict. Cap.* 189. *n.* 7. scribens, cum veritatem ignorat deferens, quam scit is, cui refertur, nec recusari posse, nec referri. Et Zobel. *P.* 1. *Diff. jur. civ. ac Sax.* 21. *n.* 4. *et* Moller. 2. *Semest.* 14. *in fin.* cum proprii facti est id, quod conscientiæ committitur, referri non posse. Quare et quando lucri perceptio jurijurando commissa, relationi locum esse negat, Modest. Pist. *P.* 3. *Q.* 130. *n.* 10. Quæ etsi ita sint: rationem tamen istam hic non convenire, contendit Borch. *C.* 7. *n.* 14. *et seq.* quem vide.

suffecisset. *L.* 1. *et* 2. *infr. rer. amo.* Cur ergo in his non permittit prætor referri iusiurandum? quia agitur in his de furto et amotione eius, cui iusiurandum delatum est, quod nemo scire possit melius, quam ipse: atque adeo quod alii non item scire possint: tum autem sit eiusmodi, in quo ad existimationem eius pertineat ea se suspicione iureiurando liberare. Non ergo recte ita dicitur in *C. ult. ext.* de iur. *nec liceat convento famosa actione referre iusiurandum.* Nam neque in actione rerum amotarum id non licet, quia famosa sit actio: et potest esse actio famosa, [16] ut non prohibeatur quis iusiurandum referre. Quid enim, si agam tecum iniuriarum, et deferam tibi, ut iures te mihi iniuriam non fecisse? an non liceat tibi contra referre, ut iurem mihi a te iniuriam esse factam, cum tam hoc scire possim, quam tu te non fecisse? Sed et is iusiurandum referre prohibetur, qui prius id detulerat, et relatum ab adversario iterum ei referre conatur. Est enim æquissimum, inquit Paulus, non displicere conditionem iurisiurandi ei, qui detulit: usque adeo, ut quamvis qui refert, non iuret de calumnia, nihilominus eum cui relatum est, placeat [17] iusiurandum relatum recusare non posse: hæc in *L. iusiurandum et*, §. *datur*, *hic.* Idem in *L. generaliter*, §. *sed iuramento in pr. C. eod.* Postremo et si convenerit, ut quis iuraret, referendi facultatem non habet. Recte enim Duarenus in commentario ad hunc titulum verba illa Pauli sic [18] accepit, ex *L. iusiurandum quod*, hic. *iusiurandum quod ex conventione extra iudicium defertur, referri non potest.* Defertur ex conventione, quod defertur secundum conventionem, idest, ideo quia prius convenerat, ut is, cui nunc defertur, iuraret. Id propterea non potest referri, quia hic ut in cæteris caussis conventio servanda est, ut quæ adversario deferenti tantum prosit ad exceptionem, ne is relatum sibi iusiurandum cogatur subire. Certi iuris est, pacta nuda etsi actionem non pariunt, semper tamen parere exceptiones. *L. iuris*, §. *sed cum nulla*, *supr. de pact. L. in bonæ*, *C. eod.* Addidit Paulus, *extra iudicium*: non quod si lite contestata idem convenerit, non sit tuenda conventio, quæ ubique valet ad exceptionem; sed quia quandocunque id convenerit, idest, sive ante litem contestatam, sive lite iam contestata, semper tamen conventio extra iudicium interponi intelligitur: quia de iureiurando, idest, re ad iudicium non pertinente, certe de qua iudicium non est, interponatur.

Ex re ipsa et iureiurando nascitur huius recusandi caussa, si datum iusiurandum id non præstat iuranti, ad quod ex edicto institutum est. Priore parte edicti ita cautum est de iureiurando, ut appareat velle prætorem id iuranti prodesse. Sic enim edicit: ut iuranti reo exceptionem det, actori iuranti actionem: atque ab hac denuntiatione ad necessitatem iurisiurandi suscipiendi delabitur. Proin-

16) Et quod in caussis famosis locus delationi, probat *L.* 9. §. 2. *h. t.* Et relationi itaque etiam, quoties discrimen inter eam non apparet. Neque enim generaliter cautum, ne in famosis delatum referatur. Sicuti nec probandum erit, quod Cujac. *ad C. ult. extra h. tit.* veram rationem censet, quia actio quæ ex maleficio, nec pacto nec jurejurando tollatur, nisi quatenus L. nominatim permittit, ut in furti ac injuriarum actione. *L.* 17. §. 1. *de pact.* Ita enim nec in delictis privatis deferri jusjurandum liceret, contra quam *supr. Cap.* 9. *N.* 7. Tametsi his occurrere nitatur Borch. *C.* 6. *n.* 175. *et seq.* spectari volens, in quibus delictis nominatim hoc permissum sit, etc. In specie quoque *L. ult. C. de fideicomm.* referri non posse, vult Sich. *ibid. n.* 11. Contra Vaud. 2. *Q.* 17. *et* Borch. *d. C.* 7. *n.* 21. quia *d. L. ult.* Imp. non de relatione, sed recusatione loquitur.

17 ; Hoc amplius in foro Saxonico relato jurejurando a reo, non solum hic jusjurandum calumniæ non præstat, sed immo actor cui relatum est, præter principale, etiam malitiæ juramentum præstare tenetur, Beust. *ad Rubr. D. h. t. n.* 193. Zobel. *P.* 1. *Diff.* 24. *n.* 2. Quæ consuetudo notoria omnium judiciorum in Electoratu, teste Iac. Schult. *ad Modest. Pist. P.* 3. *Quæst.* 130. *n.* 29. Quam tamen, si ad libellam juris exigatur, ratione certa defendi non posse, quin certiori non una refelli, facile assentior. Iuriconsulto nostrati cuidam eximio in obss. manuscriptis: Plane non semper consonans per omnia referri jusjurandum quale defertur, etc. *L.* 34. §. 8. *h. t.* idest, quandoque non eadem formula ac conceptione præstandum est jusjurandum relatum, qua delatum est, veluti si Iudæus delatum a Christiano ipsi referat. Quo exemplo utitur Meno. *Arb. Cap.* 189. Caroc. *Q.* 11. *princ. n.* 3. ac Borch. *C.* 7. *n.* 5. Sed et Zobel. *P.* 1. *Diff.* 25. *ex* Signorolo relationem admitti censet, in tendentibus ad eandem caussam et eundem effectum, ut si delato jurejurando de 100. mutuo datis, referat reus de iisdem solutis. Et hinc opinor sumi posse commodum exemplum, ubi rerum diversitas varietatem inducit, juxta *d.* §. 2. Licet sciam A. Fabrum 16 *Coni.* 12. *in fin.* Tribonianismi *d.* §. 8. damnare. Cæterum si deferenti mihi de 100. mutuo datis, referre velim de totidem mihi vicissim ab eo ex alia diversa, nec connexa caussa debitis, unde compensatio sit: relatio non tenet. Zobel. *d. loc. in Prior. Comm. C.* 5. *et in Poster. C.* 3. *f.* 860. *et* Coras. *ad L. admonendi* 31. *D. hoc tit. P.* 1. *n.* 41.

18) Quod et ex *L.* 6. *Cod. hoc tit.* probari vult Donell. *ibid. n.* 3. Sane Caroc. *Q.* 26. *principali dict. L.* 17. *pr.* accipit, quod acceptatum semel referri nequeat, add. P. Greg. 50. *Synt.* 6. *n.* 3. Verum vulgatior alia expositio, quod scilicet, in jurejurando voluntario extra judicium suscepto, quod et conventionale vocant, relationi locus non sit. Ita Beust. *ad Rub. D. h. t. n.* 54. *et* 3. *seqq.* et ad *d. L.* 17. *n.* 1. tum quia, ait, ab initio voluntarium ex receptione partis necessarium, *L.* 5. *C. de O. et A.* tum quia a forma conventionis, quæ fuit de jurando, nec de referendo, recedere non licet. Borch. *C.* 7. *n.* 2. (cujus verba per *pagg.* duas transcriptis Setser. *Lib.* 4. *C.* 6. *n.* 1. *et seqq.* ita: Cum in extrajudiciali nulla jurandi aut solvendi necessitas sit, ideo nec referendi potestas. Recte. Hæc enim vis quæstionis, num relatum is qui detulit, præstare necesse habeat, sicuti judiciale relatum. Hoc negat *d. L.* 17. *pr.* quia cum nulla sit necessitas in eo, cui defertur, neque statui debet in deferente. Quid enim si pertentandi caussa detulit, revocaturus vel in procinctu jurandi, etc.

Proinde sive iuranti iusiurandum nocebit, sive etiam tantum erit ei inutile, recte delatum recusabitur ex edicto: quia non sit ea conditio iurisiurandi, quam evictum esse velit ad imponendam iurandi necessitatem. Nocere potest iuranti tribus modis; aut pietatem eius lædendo; aut gravando existimationem: aut rei familiari damnum inferendo. Ac quot sunt hi modi, tot sunt caussæ ad recusandum propter incommodum iurisiurandi.

Prima ergo ex his caussa est, si iusiurandum lædat pietatem, seu si is qui iurat, salva pietate et bona conscientia iurare non possit. Ut non possit, contingit partim ex ignorantia iurantis, partim ex iu-
9 risiurandi conceptione et forma. † Ex ignorantia iurantis, si postuletur ab eo iusiurandum de ea re, quam verisimile sit illum ignorare: fieri enim potest, ut aliter se res habeat, ac putat eam habere: quod si habet, peierat. Etsi autem potest etiam fieri, ut vere iuret: tamen quia est incertum, semper anceps periurium suscipit, qui iurat de re incomperta: quod periculum subire nemo cogendus est, ne pietatem et religionem violet. *L. 4. infr. de in lit. iur.* Quin etiam sola affirmatio de re quam nescias, ut nihil sequatur aliud, ipsa per se delictum habet: quia non ex certa conscientia et fide proficiscitur: ac iuxta dictum Apostoli, *quidquid non est ex fide: peccatum est*, ad Rom. 14. Hac de caussa nemo omnino de [19] facto alieno iurare cogitur: non pater de facto filii; non [20] hæres de facto defuncti; non procurator aut defensor de re et facto domini; non tutor de re pupilli aut patris eius. *L. Marcellus, §. iurare, infr. de act. rer. amo. L. iusiurandum et ad, §. procurator, hic. L. 4. infr. de in lit. iur.* Scilicet, quia in re et facto alieno iusta ignorantia est: *L. qui in alterius, infr. de reg. iur.* Ac propter ignorantiam turpis et periculosa affirmatio. Adigitur quidem ad iusiurandum tutor in caussa pupillorum, cum ab his petuntur fideicommissa, quæ relicta erant a pupillorum tutoribus, ut est in *L. cum etiam, C. eod.* sed ut iuret fideicommissum testamento relictum non esse. In quo de facto ipsius agitur, non defuncti: iurat enim se vidisse et legisse testamentum, de quo quæritur (quod et factum est: unde et scivit se tutorem datum) se autem [21] cognovisse nihil in eo tale esse legatum, quale petitur: quod ut in re ipsi comperta, atque adeo ut in facto eius, liquido ab eo affirmatur. Hac ipsa de caussa placuit nec de re a se promissa cogi quemquam iurare, eam se dare non oportere, si dicat se putare eam interiisse, veruntamen nondum certum scire, utrum ita sit, necne: quia in re quæ abest, id iuste ignoretur. Unde et illud recte placuit interim reo aut in totum remittendum iusiurandum aut spatium ei dandum, ut certioretur, et sic iuret. *L. iusiurandum et ad, in pr. hic.* Eodem referri debet, quod placuit pupillo non deferri iusiurandum, idest, non deferri iure, seu non ita deferri, ut iurare [22] cogatur. *L. iusiurandum et ad, §. defensor, hic.* Non enim hoc placuit propter personam ipsam pupilli, quasi is iurare non possit: iurat enim recte pupillus: et si iuraverit deferente adversario, tam ratum est iusiurandum, quam si alius quivis iurasset. *L. qui iurasse, hic.* Sed ætatis ignorantia in caussa est, quæ tanta est in rebus omnibus, ut nec scire, nec discernere posse talis ætas putetur, non magis quam furiosus. *L. pupil-*

19) Cujus probabilis ignorantia, *L. verius* 21. *de probat. L.* 6. *de administr. tut. L. ult. in fin. Pro suo, L. super C. qui mil. non poss.* Caroc. *Q. principali* 12. declarans *n.* 4. ut hoc non obtineat in facto, quod quis scire ac perquirere tenetur, item *n.* 6. in eo quod publice fit vel dicitur. Add. Duar. *in Prior. Com. h. t. C.* 4. *et in Poster. C.* 3. Diss. Fr. Herculan. *de Probanda negativa*, *n.* 206. volens hic non quidem jurare, ast referre cogi eum cui defertur. Sed male.

20) Etiam filius. Nam et hic factum patris defuncti ignorare censetur. Caroc. *Q.* 12. *principali n.* 3. Unde nec si defuncto antea delatum sit, ad jurandum admittitur. Vid. not. *supr. C.* 5 *N.* 1. Plane in facto alieno de credulitate, medio juramento, respondere tenetur Caroc. *d. n.* 3. Sneidv. *in* §. 11. *Inst. de act. n.* 89. Quod utique jure hic procedit, quando is qui defert, eo contentus est. Iurandum enim ex conditione delata, *ut supra C.* 6. neque hic, opinor, justa recusandi caussa heredi, qui ita facile molestia litis defungi potest, neque ipsi perjurii periculum subeundum. Et mallem sane auctores citati. *Cap.* 5. *N.* 1. exactius distinguerent ac secernerent ista, cum quæritur de jurejurando hoc decisorio ab herede præstando. An, nimirum defuncto delatum sit, et num eo casu renuente adversario admittatur heres, item num volente eo cogatur. An vero lite heredi demum mota, ei primum deferatur. Atque hic omnino dicendum, heredem super facto decessoris conventum, volente ita actore, jurare teneri, de eo sibi nihil compertum esse. Ita *gl. Lib.* 3. *jur. Sax. Art.* 11. accipit Sneidv. *d. n.* 89. *et seq.* differre ostendens *Sewissen*, quod ad factum proprium, et *Wissenschafft und Wolbeuwst*, quod ad alienum referatur, de quo et Coler. *Decis.* 116. Paul. Matth. Wehn. *Obs. Pract. de V. S. V. Wissenschafft und Wolbeuwst.* Quid si Iudex sciat liquido compertum esse heredi? Moller. ad *Nov. Sax.* 24. *p.* 1. *n.* 7. Tunc juramentum veritatis deferri posse, quia præsumptio ignorantiæ locum habet in dubio, non ubi scire constat. Attamen ibid. *n.* 9. in foro Sax. præsertim si istud heres recuset, non nisi de credulitate jurare compelli, ex *d. Nov. D. l.* 24.

21) Ita et Donell. *ad d. L.* 5. Add. Sich. *ib. n.* 3. *et* Gilk. *n.* 3. qui tutorem ratione conscientiæ propriæ ibi jurare, si inficians aliqua præsumptione oneretur. Plane Duar. *h. t.. C.* 4. putat, etsi Procurator jurare non cogatur, tutorem tamen cogi. Rationem differentiæ esse. *Illic* cogitur jurare Dominus, et ita satis deferenti consulitur. *Hic* pupillus non cogitur.

22) Sponte tamen ab eo præstitum prodest, ut *supr. C.* 9. *N.* 8.

pillus, *infr. de acq. her.* Qua ratione et Paulus in *d. L. qui iurasse*, scribit pupillum non videri scientem fallere, eoque nec videri peierare. Ideo si hanc ignorantiam pupillus caussatur ad recusandum iusiurandum, honesta excusatione utitur, et meri-
10 to audiendus est. † Ex conceptione iurisiurandi idem præcipue metus est, eoque et recte recusatur iusiurandum, si cui id deferatur ea conceptione, idest, his verbis in quæ iurare viro bono et Christiano non licet: veluti si quis velit *sibi* (*) *iurari per sanctum Antonium*, *aut per aliquam creaturam*, aut etiam per falsos deos, quo suscepto gravissime adversus honorem soli Deo debitum peccatur. Hinc illa dubitatio et controversia de qualitate iuramenti inter partes, cuius fit mentio in *L. iusiurandum et ad*, *§. si de qualitate*, *hic.* ubi placet, cum de ea qualitate dubitabitur inter litigantes, conceptionem iurisiurandi, idest, qualitatem secundum quam iuretur, esse arbitrii iudicantis: quo significatur, iudicis esse existimare et statuere, quomodo iurare oporteat. Quid autem hic sequatur pius et Christianus iudex, si quæritur, nihil melius præscribi potest, quam quod recte definitum esse iam ante diximus ex verbo Dei in *c. etsi Christus*, *extr. de iur.* ad hanc sententiam, ut ne iuretur, nisi controversiæ finiendæ caussa, quod si iurandum est, per Deum iuretur: illum testem, aut vindicem adhibendo, seu quid in te comprecando, non per ullam creaturam. Sumptum ex *Deut. c.* 6. *et ad Heb. c.* 6. † Forma 11
et cæremonia delati iurisiurandi, quæ nihil habet impietatis aut superstitionis, reiici posse non videtur. Itaque etsi ex delatione exigitur, iustam recusandi iurisiurandi caussam non præstat. Utputa, defert quis, ut iuret adversarius tactis [23] sacris scripturis: non potest adversarius recusare, quin hoc modo iuret. Nam et hic mos fuit iam olim receptus Imperatorum Christianorum constitutionibus: *L. generaliter*, *§. ult. C. eod. et nihil* (*) *habet superstitionis*, si adhi-

(*) In eo utique labitur errore Donellus, quod absolute et nullo habito rerum discrimine per creaturas, immo et per Sanctos jurare illicitum et superstitiosum esse velit. Quod aliter omnino esse docet Catholica Doctrina, et Scripturarum auctoritas, et SS. Patrum testimonia. Illa enim tantummodo juramenta per creaturas improbantur in Sacris literis, quæ impio fiunt atque sacrilego idolatrarum more. Neutiquam vero, et nulli prohibemur per Sanctos jurare aut creaturas, cum in illis Dei veritatem præsentiamque veneramur: qua utique ratione tantummodo licitum esse per creaturas etiam jurare docet Catholica et Orthodoxa religio. Vid. adnotata *supr. Civil. Commentar. Lib.* 21. *Cap.* 13. indicata duplici **, et *h. t. supr. C.* 5. *notata sum* *, ibique laudatos.

23) De propositis et tactis SS. scripturis textus crebri *L.* 20. *L.* 27. *C. de ep. aud. L. ult.* §. 5. *et seq. C. de Cur. fur. Nov.* 74. *C.* 5. *prin. Nov.* 112. *C.* 2. *pr. N.* 123. *C.* 7. *Nov.* 124. *C.* 1. *Nov.* 137. *C.* 2. *C. si quis presbyter. Ca.* 2. *Q.* 5. *C. hortamur. pen. Cap.* 3. *Q.* 9. Tactio hæc in juramento Symboli loco, sicut in testamentis æs et libra, ut litigantes moneantur, se non tam judici, quam Deo id præstare, nec tam in humano quam cœlesti judicio versari, Obrech. *de Iuram. cal. Cap.* 10. *n.* 17. Episcopi jurant propositis evangeliis, *d. N.* 123. *Cap.* 7. *et N.* 137. *C.* 2. *d. Cap. ult. de juram. cal.* Mistica ratione. Quia, ut sunt mores, illis sufficit juxta se posita habere Evangelia, etsi nec legant nec attingant, ait Duar. *in priorib. Com. h. t. C.* 11. Sed Obrech. *C.* 10. *n.* 13. honoris ac reverentiæ caussa id eis tributum esse, ut non eo modo, quo alii jurent. Atque ita ex aurea bulla *Caroli IV. C.* 2. Electores Ecclesiastici manibus pectori admotis coram Evangelio. Seculares vero manibus illud tangentes sacramento de electione Cæsaris obstringuntur. Inferioris autem ordinis Clerici dextra Evangelii libro imposita. ex Panorm. Rulant. *de Com. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 10. *n.* 10. Plura de hoc sacrorum tactu et præsentia pete ex Covarr. *ad C. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. §. 1. *n.* 1. *et* 2. *et n.* 12. Thessaur. *dec.* 47. et qui fuse. Io. Bapt. Asin. *de Exsec.* §. 8. *C.* 21. *et seqq.* Veteres aras tangebant, ut not. *supr. Civil. Comment. lib.* 21. *C.* 12. *N.* 26. Milites super frameas jurabant, verbis solemnibus concepturi gladios, cervicibus admovebant, Marcellin. *Lib.* 21. Rob. 1. *Rer. jud.* 11. In sacris dextra fœmori supposita juratum legimus. Sic Abraham ab Eleazaro *Gen.* 24. *v.* 2. Iacob. a Iosepho filio. *Gen.* 47. *v.* 29. juncto *C.* 50. *v.* 5. juramentum exegit. De quo ritu Iac. Ebert. *Tr. Ethico de Iuram. pag.* 24. Hodie usu plurium locorum Sacerdotes vel viso sacro codice vel manu ad pectus admota jurare notat Rulant. *d. C.* 10. *n.* 10. In secularibus vero vulgatissimus ritus, ut mares dextræ digitos duos, indicem et medium, reliquis contractis porrigant et elevent, fœminæ vero dextram pectori vel cordi aut mamillæ sinistræ applicent. Eosque una cum pollice denotare SS. Trinitatem, reliquos duos depressos corpus et animam hominis quidam volunt, ex Cyriac. Spangenb. *ad* 2. *Corinth.* Christoph. Obenius *Tr. von. Eydsohuverem. inscripto Eydteuffel*, quod pejerans dicere videatur. Si sciens fallo, SS. Trias a communione omnium Sanctorum me excludat corpore et anima. Sed hoc displicet Iac. Eberto *d. Tr. Ethic. pag.* 84. quia, ait, ritus hujus auctores Trinitatem non agnoverunt, ac sermone forensi duorum tantum digitorum mentio, sicuti et perjuris duo digiti ex Const. *Caroli V.* præciduntur. Ipse putat a gentibus hunc ritum acceptum. Judicem autem elevari vel sacris imponi, ut jurans monstret, quod quem sermonis sui testem vocat, eundem vindicem velit, si fallat. Medium, ut mentis atque affectum ostendatur integritas, quod media incedens via verum afferat. Iungi autem utrumque ut significetur copulatio jurantis et consensus cum eo, per quem jurat. Hodie apud nos et solemnitatem tactus Sacri Codicis exolevisse, et adæquari conditionem Clericorum aliorum conditioni, ut eodem modo ac forma jurent, scribit Virg. Pingitz. *Q.* 33. *n.* 35. Græcis sanctissimum jusjurandum, quo se devovebant, si sacramentum violarent, priusquam saxa, quæ in aquam jacebant, sponte levata supernatarent, ut ex *Herodoto Lib.* 1. Sophoc. *in Antigone* Turben. 14. *Advers.* 21. Scythæ per ventum et acinacem jurabant, quod ille vitæ, hic mortis auctor esset, Claud. Cottæ 1. *de Privil. milit.* 6. De variis apud varias gentes jurandi ritibus diversis consule Briss. *Lib.* 8. *de formulis*, Hott. *Disp. feud. C.* 24. Pollet. 4. *Hist. fori* 14. Rob. 1. *Rer. judic.* 11. Pet. Grèg. 50. *Synt.* 8. Cypræ *de sponsal. C.* 14. §. 25. *et* 2. *seqq.* Asin. *de Exsecut.* §. 8. *Cap.* 5. *toto* et qui studiose plures collegit et congessit Iacob Eber. *Tr. Ethico de Iuramentis tit. de formulis pag.* 37. *et seqq.* Propter has vero famulas Hot. 1. *Amicab.* 30. *sub fi.* jusjurandum actum legitimum statuit contra Cujac. 15. *Obs.* 16.

(*) Palinodiam videri poterat hic canere Donellus eorum quæ scripsit *Civil. Commentar.* Lib. XXI. Cap. 13. adversus ritum jurandi *tactis Evangeliis*, si eo ordine quo in hac Editione collocatus est, superior ille locus descriptus a Donello fuisset. Sed revera prius tempore hæc scripsit, quæ cum Doctrina Catholica consentiunt, et sunt directe laudato illi loco contraria. Quare omnino inferri necesse est,

adhibetur hac gratia, ut adversarius hac cæremonia admonitus meminerit iudicii et iræ Dei, atque hoc metu tactus aut non iuret omnino, aut falsum ne iuret. Huc enim cæremonia refertur, ut indicat *L. rem non novam, cir. pr. C. de iud.* De eo quoque ritu si erit controversia, itidem iudex æstimabit.

12 Finita superiori † caussa est, si is cui iusiurandum defertur, ex iureiurando in aliquod periculum existimationis incidat. Quod toties contingit, quoties quis agens reo iusiurandum defert de ea re, de qua alius quoque potest agere: sic enim periculum est, ne alius iste agendo reum periurii insimulet, ac forte etiam, quamvis falso probet eum falsum iurasse: quod sine infamia iurantis accidere non potest. In hoc metu iuste reus iusiurandum recusaverit. Cuius rei exemplum hoc est ex *L. alias, hic.* Procurator rem domini vindicat a possessore, et possessori defert, ut iuret rem suam esse, vel non esse domini: cumque dubitaretur de domini mandato, offert procurator satisdationem dominum rem ratam habiturum. Placet possessorem iurare non cogendum: quia dominus ita agere iterum possit, ut vincat rem suam esse, possessor autem non possit rem salvam habere ne adversus procuratorem quidem, nisi prius se victum doceat adversus iusiurandum suum, idest, nisi prius doceat de ea sententia, qua peierasse convincitur: atque ita, ut Ulpianus loquitur, nisi prius de periurio suo doceat: quam turpitudinem illum subire iniquum est. Ne peieret, inquies: sic nec periurii infamiam metuet. Quod si peierare instituit, non debet ei suum delictum prodesse ad iurisiurandi recusationem: cum potius expediat eum delicti sui metuere pœnam, ac delictum eius detegi. *L. si unus, §. pacta, supr. de pact. L. eum qui nocentem, infr. de iniur.* Sed potest vere iurare, ac nihilominus postea falso convinci, ac damnari iniuria, ut non minus sententia gravet eius pudorem et existimationem. Hoc periculum ex iureiurando iuste metuit, et audiendus est, si velit consulere pudori suo. *L. Quintus, 1. res. infr. mand.* Et ideo puto 24 Bartolo constare rationem, qui ad *d. L. alias, hic*, et superiore exemplo, et proxima ratione motus putavit, quoties duo sunt ad quos eadem res in commune pertinet, puta duo domini eiusdem rei, duo heredes testamento scripti, duo patroni eiusdem liberti, et unus agit adversus possessorem, ac possessori defert iusiurandum: generaliter probandum esse, non esse possessorem cogendum iurare. Potest enim alter exsistere qui sic agat, ut possessor ei condemnetur, ac propterea videatur possessor prius peierasse, dum aut instrumentum emptionis communis socius proferet, aut proferet testamentum, in quo superiores heredes ambo sint instituti. Et ut ea sententia iusiurandum prius non infirmet: nec ei, qui detulit, quidquam prosit, ut certe non prodest: *C. res int. al. ac. et iud. al. non no.* attamen aperte ad existimationem iurantis convellendam pertinet. Jure ergo propter hoc incommodum reus iusiurandum recusabit.

Tertia † caussa huius generis est, si iusiurandum in re familiari aliquid damni iuranti adferat: quod ita fit, si quid ei adimat, quod habiturus esset, si non iurasset. Hinc est, quod placuit, quibus ex caussis non cogitur quis alicubi, aut de re aliqua iudicium accipere, ex his caussis nec eum iurare cogendum. Non cogebantur olim legati provinciales Romæ iudicium accipere de eo, quod ante legationem in provincia contraxissent. *L. 2. §. legatis, supr. de iud.* Placebat nec 25 eos Romæ eo nomine iurare compellendos. *L. tutor, §. ult. hic. L. sed etsi restituatur, §. ex quibus, supr. de iud.* Hodie creditor post tempus exceptioni non numeratæ pecuniæ præstitum agens non cogitur de non numerata pecunia querelam et iudicium pati. *L. in contractibus, in pr. C. de non num. pec.* Uti nec debitor de pecunia non soluta post statutum tempus, intra quod creditor exceptione non numeratæ sibi pecuniæ uti potuit. *d. L. in con-* 13

 tra-

aut Donellum fervore sui erroris abreptum semper in graviora prolapsum turpiter mentiri et sibi contradicere; aut illa quæ superius asterisco indicata et refutata fuere, forte manu Scipionis Gentilis fuisse interpolata. Quomodocumque sit, et illa opinionum inconstantia, et vera hæc talis jurisjurandi ritus explicatio in Catholicæ Doctrinæ ejusque inconcussæ veritatis laudem potius cedit, et firmamentum.

24) Et Carocio *Q. 6. Quæstionis* 13. *principali n.* 18. tradenti juste recusari, cum una persona habens jus dependens vel connexum cum alia vult deferre. Quare et ubi alias periculum, ne perjurium detegatur, justa recusatio. Veluti si postquam actor ad intentionem suam testes produxit, reo alios ad reprobandum producenti deferatur juramentum. Vid. Caroc. *Q. Principal.* 2. Tessaur. *Decis.* 93. Contra, post Cravettam Fachinæ. 1. *Contr.* 22. volens imo hic jurandum esse. Neque enim perjurium detegi contrariis testium actoris depositionibus, cum reus reponere possit, se per testes suos refellere eorum dicta potuisse, ni litem iurejurando dirimi placuisset. Sed prior opinio humanior, ut ut enim hoc prætendat, non eximet animis hominum suspicionem perjurii, quam ipsam modis omnibus vitare convenit.

25) Ergo nec Clerici coguntur jurare coram sæculari, Caroc. Q *principali* 32. nec parens patronusve si famosa actione conveniatur, L. 16 *hoc tit.* Duar. *in Prior. Com. h. t. C. 4. et in Poster. C. 3.*

tractibus, §. *super*. Placuit iisdem casibus nec his [26] iusiurandum offerri licere, ut oblatum suscipere cogantur, *ead. L. in contractibus*, §. *illo*. Unde ergo hæc recusatio in his caussis? non utique, ut Bartolus scripsit ad *L. manifestæ*, aut illic ex natura loci, ubi agitur, aut hic ex natura exceptionis propositæ; cum ubique, et de omni re iusiurandum deferri possit, si nihil aliud impediat. *L.* 3. §. 1. *et deinceps*, *hic*, sed omnium una est ratio, et ea quam Paulus reddit in *d. L. sed etsi restituatur*, §. *ex quibus*, de iud. *quia*, inquit, *iusiurandum in locum litis contestatæ succedit*. Hæc vero illa ipsa est recusandi iurisiurandi caussa, quam supra posuimus. Tantum enim valet ea ratio, ac si scriptum esset, quia qui ius habet iudicii non suscipiendi et litis non contestandæ sine iureiurando, id ius amittit, si iurare cœperit: quoniam iusiurandum iudicii et litis contestatæ vim habet. *L. qui iurasse*, *in fin. hic*. Qua ratione admonemur, non in his tantum caussis consistendum esse, sed quæcunque occurrent species eiusmodi, in quibus iusiurandum exactum ius iurantis minuat, omnes iustam recusationem habere, et ad hanc caussam debere referri: ne quis hic forte alienas caussas nobis ingerat, aut eam quæ una est, imperitia docendi in innumeras partiatur. Itaque etsi ei, qui de damno agit ex lege Aquilia, iusiurandum deferetur, ut iuret sibi damnum ad certam summam datum esse: recte dicemus iure eum iurare recusaturum: quoniam actor si iudicio experiatur, consecuturus fuerit duplum adversus inficiantem: *L. inde Neratius*, §. *hæc actio*, *supr. de leg. Aq.* qui si iuret, habiturus sit tantum simpli actionem. *L. eum qui*, *in pr. hic*. Hoc et Bartolus recte probavit ad *L. manifestæ*; sed male hanc speciem seiunxit a prioribus, quæ omnes una ratione damni ex iureiurando imminentis
14 coniunguntur. † Illud plane [27] ineptum est, quod huiusmodi speciem ad hanc caussam retulit. Nam si cum emptore de proprietate rei venditæ agatur, et iusiurandum ei deferatur ab actore: ait emptorem ideo iurare non cogendum, quia iurando actionem de evictione non haberet, quam habere potuisset, si iudicio egisset. Tantum abest, ut hic quidquam amittat emptor propter iusiurandum, ut maxime acquirat, quod prius non habuit: consequitur enim iurando, ne res sibi ab actore unquam auferatur, vel propter iurisiurandi exceptionem, quam extra iudicium iurando acquirit, vel propter sententiam, qua in iudicio iurando absolvitur. *L. in duobus*, §. *ult. L. iusiurandum et ad*, §. *ult. hic*. quorum neutrum emptor ante iusiurandum haberet. Non habet ille, postquam iuravit, actionem de evictione: sed ideo non habet, non quia amittat, sed quia nunquam prius habuerit, ac ne nunc quidem sit ei necessaria, cum res ei evicta non sit. Ne iudicio quidem expertus actionem haberet de evictione, si iudicio absolutus esset: quia res ei non evinceretur, sed penes eum maneret. Quare et eadem iurantis caussa est, postquam qui iurat, similiter absolvitur. At enim haberet actionem de evictione is, qui iudicio de proprietate victus esset. Non attendit Bartolus nihil hoc ad emptorem iurantem pertinere. Qui enim iurat, is post iusiurandum non vincitur, sed vincit, et rem possessam retinet: quam ob caussam actionem de evictione tanquam re ablata non desiderat. In summa emptor de proprietate rei iurando nihil amittit, sed acquirit. Proinde absurdum est dici, quia ius eius minuatur iurando, ideo iusiurandum de proprietate rei venditæ illi delatum ab eo recusari posse. Quid ergo emptor de proprietate rei a se emptæ iurare cogendus est? siquidem de facto eius agitur, cogendus est: sin de facto et iure venditoris, non est cogendus: non tamen quia iusiurandum illi obsit; sed quia de re ignota salva religione iurare non potest, ut ante dixi. Atque hæc ex eo, quod iusiurandum iuranti noceat.

Non solum autem si iusiurandum ei cui defertur, nocebit, ex conditione rei delatæ recusari potest; sed etiam si tantum erit ei inutile: ut dicat se frustra iuraturum: postquam ex edicto frustra iurare non debet. † Ut licitum iusiurandum ab adversa- 15
rio delatum suscipienti et statim iuranti inutile sit, accidit partim ex persona deferentis, partim ex antecedente idonea probatione. Ex persona deferentis: cum is qui defert, rei decidendæ et remittendæ ius non habuit: quo eodem deferente iusiurandum ratum non habetur, ut inde in dominum nec iuranti reo exceptio acquiratur, nec actori iuranti actio: quo in numero qui sint, supra exposuimus suo loco. Proinde si qui erunt ex hoc genere, nemo his deferentibus iu-

26) Ita Duar. *in Poster. Com. hoc. tit.* Quia exceptio ei opponi nequit, ideo non cogitur jurare de eo, quod exceptione continetur. Sicuti qui agere nequit, nec ad jurandum cogere. Convenit Caroc. *Q.* 32. *principali*.

27) Quomodo et post Aretin. et Iason. *in* §. 11. *inst. de actionib.* Caroc. *Quæst.* 32. *principali*. Quod recte noster refellit.

iurare cogitur, nec iusiurandum referre. Exemplo sunt inter dominos prodigus, inter extraneos procurator, qui de mandato nihil probat, de quibus inter superiores personas exempli caussa sub hoc titulo legimus. *Prodigus*, inquit Paulus, *si deferat jusjurandum, audiendus non est*. L. tutor. §. 1. *hic*: idest, deferenti non est concedendum, quod petit. Quid autem petit, cum jusjurandum defert? ut adversarius juret, aut referat jusjurandum, aut pro convicto habeatur, juxta *L. manifestæ, hic*. Cum ergo ita definitur, non esse eum in hac re audiendum, nimirum hoc dicitur, frustra hoc eum petere, eoque adversarium jurare non cogendum. De actoris procuratore, cui de jurejurando deferendo mandatum nihil constat, idem traditur in *L. alias, hic*. Nisi quod circa hunc hæc dubitatio incidit, an non hic saltem ita sit audiendus, si paratus sit cavere dominum ratum habiturum, quasi hac cautione satis prospiciatur reo, ne illi jusjurandum quandoque fiat irritum. Et disseritur in *d. L. alias*, ne sic quidem procuratorem deferentem audiendum: quia etiam hac cautione interposita non effugiat reus, quin illi jusjurandum sit inutile adversus dominum pariter et procuratorem ipsum, qui cavet. Nam si dominus petat, et reus de intentione confessus opposita exceptione jurisjurandi se tueatur, nihil ei proderit exceptio, nisi doceat se liquido jurasse, idest, vere, ut recte [28] Duarenus interpretatur *Lib. 1. Disput. C. 2.* in quo inest, ut doceat se liberatum esse. Atqui hoc modo jusjurandum illi nihil prodest. Nam et sine jurejurando dominum removeret, si doceret se nihil debere. Quod si a domino victus agat ex stipulatu adversus procuratorem: licet quidem, sed ita, ut hic jusjurandum sit ei non tam inutile, quam damnosum. Nam ut agat utiliter, prius oportet eum probare se domino agente damnatum esse adversus jusjurandum. Quod nihil aliud est, quam probare se ideo esse condemnatum, quia prius falso jurasset se non debere. Ita in summa ut utiliter *agat de rato, prius necesse habebit de perjurio suo docere*, inquit Ulpianus. Hoc vero cum ejus existimationem aperte lædat, non tam hic, ut dixi videri debet inutile, quam damnosum jusjurandum. Ex quo recte colligit procuratore isto jusjurandum deferente non esse cogendum reum jurare, ne si procurator quidem cautionem de rato offerat. Summa autem recusationis huc redit, quia jusjurandum reo nihil prosit. Ut vero sciamus, quod de his dictum est, exempli caussa dictum esse: idem et in cæteris similibus dicendum esse traditur in *d. L. tutor*, §. 1. *hic*. Sed cum in his accidat ex persona deferentis, ne jusjurandum reo prosit, quia rei administrandæ jus non habeat, ut sub persona pupilli scribitur in *L. jusjurandum quod*, 17. §. 1. *hic*. Cum etiam dicat Paulus in *d. L. tutor.*, §. 1. ideo hos jusjurandum deferentes non esse audiendos, quia ad id habiles non sint, quæ omnia ex eorum persona sumuntur: cur non dicimus recusationem jurisjurandi, quæ ex hac caussa tribuitur, nasci ex persona deferentis, ac non ex jurisjurandi conditione, ut proposuimus? quia nihil prodesset ad recusationem, quod qui deferunt, tales sint, si nihilominus juranti servaretur jusjurandum: sic enim nihil ejus interesset, et satisfieret edicto, quod vult jusjurandum juranti servari. Ideo a persona deferentis progredimur ad utilitatem juraturi, et quærimus quale in eo jusjurandum futurum esset, si juraret: reperimusque ei futurum inutile. Hæc vero propria caussa est, quæ illi recusationem tribuit. Non esset juranti jusjurandum inutile, nisi deferentis persona talis esset, qualem diximus; non ideo tamen persona hanc recusationem præstat, sed iurisiurandi inutilitas, in quo conditio iurisiurandi spectatur, non persona cuiusquam. Persona deferentis huius inutilitatis prima caussa est, eoque et recusationis caussa remota; ipsa inutilitas huius recusationis caussa proxima et coniuncta. Ideo hanc spectamus, et recusationem illi attribuimus. Sic mutui, depositi, commodati prima caussa est voluntas contrahentium et consensus, qui facit, ut rem intervenire velint, quæ tradatur. Proxima caussa, quod res traditur: atque hinc re contrahi dicuntur, non consensu, etsi non est res sine consensu.

Constituitur præterea iusiurandum inutile † ex antecedente probatione, si ei, qui 16
idoneis instrumentis aut testibus rem pro- ba-

[28]) Et *in Poster. Comm. h. t. Cap. 4. fol.* 864. *col.* 1. Opponitur itaque *liquido* pejerationi. Quod pluribus locis aliorum auctorum confirmat Duar. nec aliud sententiæ *dict. L.* 18. convenit, agnoscente Covar. *in Cap. quamvis.* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. §. 5. *n.* 4. *et* 5. Borch. *de Iureiur. C.* 1. *n.* 21. Plane Cujac. 5. *Obs.* 33. exponit *liquido*, idest, σαφῶς, perspicue, aperte, quomodo et cum Accurs. Rob. 3. *Sent.* Verum haud opposite ad mentem Icti. Tametsi utramque interpretationem recte conjungi sentiat Vult. *Discept. C.* 7. ubi fuse *d. L.* 18. *exponit pag.* 74. *et seqq.* Quid si a minore delatum, ubi *restitutio in integrum*, ut *supr. C.* 4. *n.* 11. an juste recusatur jusjurandum ob ejusdem periculum, ne detegatur perjurium. Ita videtur, tametsi contra velit Caroc. *Q.* 7. *Quæstionis* 13. *principalis n.* 9. quia inspici debeat, quod commune, non quod speciali jure evenire potest, *L.* 4. §. 1. *de fideicom. lib.*

bavit, nunc demum post impletam ab eo probationem iusiurandum deferatur. Quid enim prodest ei iusiurandnm ad vincendum, qui et sine iureiurando vincere potuerit? Quinimo honestius est, et ad existimationem aptius, rem decidi ex his, quæ iam probata sunt, quam ex iureiurando, ut etiam in hoc iureiurando videri possit omitti commodum aliquod existimationis. Qui enim ex probatione vincit, præter victoriam hoc etiam consequitur, ut existimetur vir bonus, qui nihil petierit calumniose, cuius rei fides in idonea probatione constiterit: cum si re probata iuraverit, non idem obtineat. Ut enim vere iuraverit: existimari tamen potest falso eum iurasse, et iudicem fidem iurisiurandi potius, quam aliam probationem secutum secundum eum iudicasse. Non iniuria igitur, sed ratione æquitatis plena, et edicti sententiæ, atque his quæ diximus congruenti cautum est in [29] *C.* 2. *ex de prob.* cum quis intentionem suam probavit instrumentis aut testibus, si iusiurandum ei deferatur, licere ei recusare, ut nihilominus fides probationi eius habeatur. Scilicet quia est ei iusiurandum non tantum inutile, sed etiam cum aliquo incommodo existimationis coniunctum. Itaque recte etiam illic dictum est ad iusiurandum tunc esse recurrendum, cum aliæ probationes legitimæ iuranti desunt. Cuius rei ratio ex fine quoque iurisiurandi recte sumitur. Adhibetur enim iusiurandum litis decidendæ caussa, non iam decisæ. L. 1. *hic.* Probatione autem impleta dubitatio tollitur, ac lis pro decisa habetur. L. *negantes*, *C. de obl. et act.* Quare vel hoc etiam nomine iusiurandum ab eo qui probavit recusari potest, quod tunc iurans finem iuriiurando propositum non consequitur, idest, hac quoque ratione iusiurandum est ei inutile: ut merito ad hunc locum debeat recusatio referri.

Et sunt hæ quidem recusandi iurisiurandi † caussæ iustæ omnes, si quidem audi- 17
mus alios locos, in quibus de his caussis scriptum est. Sed verendum est, ne edictum, et *L. manifestæ*, *hic*, aperte refragentur: qua ex re incidit hic numerus in difficultatem, vel potius istorum locorum inter se dissensio. Nam de edicto testatur Ulpianus in *L. iusiurandum et ad pecunias*, §. *ait*, *et seq. hic*, id ita scriptum esse, ut eum a quo iusiurandum petetur, edicat prætor se solvere, aut iurare, aut iusiurandum referre coacturum: quod ipse planius sic interpretatur, ut ei a quo iusiurandum petetur, priusquam solvat, detur facultas, ut aut iuret, aut referat iusiurandum. Si neutrum faciat, solvere cogendus sit a prætore. Qui priora duo tantum excipit, aperte hoc dicit, eum qui neque iurat, neque refert iusiurandum, cogi solvere sine alia exceptione. Eadem sententia comprehensa est in *L. delata*, *C. eod.* Sed in primis confirmatur id definitione Pauli, quæ est in L. manifeste, hic. *Manifestæ*, inquit, *turpitudinis est et confessionis nolle nec iurare nec iusiurandum referre.* Id habet hanc significationem, eum qui neque iurare vult, neque referre iusiurandum, haberi pro iudicato, eoque et solvere cogendum, ut in iure confessis accidit *L.* 1. *infr. de confes. L. unica*, *C. eod.* Quod si ita est, tolluntur caussæ aliæ omnes iurisiurandi recusandi: præsertim posteriores quatuor, quas ex conditione seu inutilitate iurisiurandi nasci diximus. Nam aliis caussis admissis, licet ex his iusiurandum recusare impune, ut quamvis quis qui eas habeat, neque

29) Ubi et consuetudo contraria reprobatur. Unde et Statutum tale non valere arguunt Caroc. *Q. principali* 32. Sich. *ad L.* 3. *Cod. hoc. tit. n.* 3. *et n.* 11. post alios Myns. *ad dict. cap.* 2. *n.* 3. Ubi enim plena probatio, suppletioni locus non est. Idem si præsumptione juris et de jure nitatur, Caroc. *d. Q.* 32. *in fin.* Vid. Menoch. *Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 62. Quid vero si cum defertur, nondum implevit, dicit autem se impleturum, num audiendus, et nunquid suscepto onere probandi jusjurandum declinare, et ut vulgo conscientiam suam exonerare licet? Negat Lanc. Consad. *de Offic. Præt. in causs. civil. V. Iuramentum n.* 8. Duar. *in Prior. Comm. h. t. C.* 6. *et in Poster. C.* 3. (cujus verba transcripsit Setser. *Lib.* 4. *de Iuram. C.* 3. *n.* 12. ac *seq.*) Ut ut enim speciosa sit recusationis prætensio, caussa tamen deferentis potior, conjuncta cum publica utilitate, ut lites celerrime finiantur. Et quia hic casus edicto non exceptus, nec de illo jure quid definitum, ex eo quod æquius judicandum. Deferentis autem hæc ratio, ut quam citissime defungatur molestia ac vexatione litis. Contra Bart. *in L.* 14. §. 3. *Cod. de non num. pen.* Sneidv. *in* §. 11. *Inst. de actionib. n.* 92. Fr. Herculan. *de Probanda negativa n.* 204. *t.* Fab. 19. *Err. Prag.* 8. (1) Quia modestia et religione magis quam conscientia ductus, recusare credendus, Arg. *L.* 8. *de cond. inst. L.* 25. §. 1. *de const. pec.* (2) Quia cum relatio ipsa jurisjurandi delatio sit, æquum est, ut sicuti invitus non defert, sed suam intentionem aliter ei probare licet, ita nec referre quis cogatur, sive ante delationem probationes fecerit, sive post eam facturus. (3) Per text. 1. *Feud.* 4. *pr.* Et ita Senatum Sabaudiæ pronunciare testatur, *ibid. et C. suo h. t. Defin.* 3. (ubi tamen, sui immemor, id rationi juris repugnare contendit, ob præcisa edicti verba: *jurare aut solvere cogam*) Quod et menti *d. cap.* 2. conveniens puto per verba: *cum aliæ probationes deesse noscuntur.* Itaque servatur in foro Sax. Beust. *ad Rub. D. h. t. n.* 61. Quod etiam cautum *Nov. Elect. Sax.* 12. *et* 14. *pr.* ut reus delato jurejurando ad id vitandum probationibus uti, et hoc amplius iis defectus ad juramentum recurrere possit, ubi terminus jurandi interea non præterlabitur, sed suspensus manet. Jac. Schult. *Obs. Forensi* 52. *n.* 12. *et seq.* Actori autem si idem referatur id omnimodo præstandum, nec auditur aliis probationibus usurus, etsi quoad posterius hoc olim contra visum, ref. Moll. *in d. N.* 14. *n.* 17. Et ratio, quia in ejus potestate fuit non deferre, et semel elegit viam juramenti. Quæ ratio non est in eo cui defertur. Vid. Beust. *ad Rubr. D. h. t. n.* 76. *ac seq.*

que iuret, neque iusiurandum referat, solvere tamen non cogatur. Sed de superioribus caussis dubitari non potest, quin veterum sententiis pro iustis probatæ et summa ratione admissæ sint, ut sunt ea, quæ de his supra ostendimus. Quod cum certum sit non fecisse illos, ut edictum impugnarent, quod interpretabantur, et cuius mutandi potestatem nullam habuerunt, utpote ipsi interpretes iuris, non legislatores: licet hinc alterum intelligere, aut fuisse aliquid in verbis edicti, quo de his caussis significaretur: aut si verbis præcise edicit prætor, se reum solvere, aut iurare coacturum, nisi referat (quod est verius, et ita esse locus Ulpiani, et Pauli definitio superior abunde confirmant) fuisse edictum acceptum a veteribus cum hac exceptione, nisi si recusanti iusta aliqua et idonea caussa esset iurisiurandi omnino recusandi. Quomodo etiam accipiendum esse edictum, et illam definitionem Pauli omnes non inepti interpretes consentiunt ad *d. L. manifestæ.* Est ergo hæc sententia edicti: eum, a quo iusiurandum petetur, solvere, aut iurare, aut iusiurandum referre cogam: extra quam si erit iusta aliqua caussa, cur neque iurare, neque iusiurandum referre cogi debeat. Eodemque modo definitio superior temperanda est, ut intelligamus manifestæ turpitudinis et confessionis esse, nolle nec iurare, nec referre iusiurandum; ubi scilicet ab eo, cui defertur, nihil aliud afferatur, quam quod dicat se iurare aut referre nolle; cæterum ex caussa honestam esse et iustam recusationem. Et hanc exceptionem proclivius multo est in hac definitione admittere. Neque enim dici potest turpiter recusare, qui iustam caussam allegat; aut confiteri is, qui exceptione et defensione aliqua utitur. *L. non utique, infr. de except.* Sed in edicto quomodo exceptionem hanc recipimus, cum verba præcisam solvendi necessitatem contineant, nisi quis iuret, aut referat iusiurandum? Fit hoc partim ex perpetua et communi regula æquitatis, qua in legibus et edictis utimur, qua eadem legis verba quamvis generalia temperantur, partim propria quadam ratione et sententia huius edicti. In omni edicto, in quo prætor edicit se aliquem solvere, aut quid facere coacturum, inesse putatur hæc ipsa exceptio: nisi iusta aliqua caussa reum defendat, ne cogatur: idque etiam tunc, cum maxime præcisa sunt edicti verba. Ut, in edicto de re iudicata ita cavet prætor districte: ut condemnatus pecuniam solvat. *L. 4. §. 1. infr. de re iud.* Hoc tamen ibidem sic acceptum est: nisi magna et idonea caussa admittat pro solutione expromissorem. In edicto de arbitris edicit prætor se eum, qui arbitrium receperit, sententiam dicere coacturum, idque districte, ut est in *L. licet, supr. de recep. et qui ar. rec.* At hoc ibidem sic accipitur: nisi arbiter iustam aliquam caussam alleget, cur cogi non debeat: scilicet quia ita fieri, et rationem eius haberi æquum est. Et cur in edictis et legibus quas præcipue æquas esse convenit, imo quæ æquitatis regulam continent, non exaudiatur hæc exceptio: cum in conventionibus etiam placeat eam adhiberi adversus stricta verba conventionis? Ut puta, convenit inter locatorem et colonum, ne locator eiiceret colonum ex fundo, et si eiiceret, præstaret pœnam. Conventio hæc quamvis simplex sic excepta est: nisi locatori iusta aliqua caussa esset colonum eiiciendi. *L. quæro; §. inter. infr. loc.* Unde ergo hæc exceptio et in edictis ac legibus, et in hominum conventionibus? Ex regula, ut dixi, æquitatis communi, quæ in omnibus adhibenda est, et secundum quam omnes locutos esse verisimile est, etsi verbis minus exprimant. Idque est, quod regula iuris ita traditur: in omnibus quidem, maxime tamen in iure, idest, in iuris interpretatione æquitas spectanda est. *L. in omnibus quidem, infr. de reg. iur.* Non dubium igitur, quin et in hoc edicto ex eadem regula hæc eadem exceptio, atque una nominatim superiores caussæ quatuor proxime admitti debuerint. Sed propria quædam ratio in hoc edicto id fieri suadet. Nam et iis de rebus, et eo ordine partium conceptum est, ut non difficile sit intelligere hanc ipsam fuisse sententiam prætoris. Primum cavet se eum cui iusiurandum delatum est, coacturum non dare, sed facere aliquid, nempe iurare. Ipsum iurandi et faciendi verbum nos admonet hoc sentire prætorem, ut non aliter velit quemquam cogere iurare, nisi et is possit iurare: neque enim a muto exigeret, ut loqueretur; aut a furioso, ut intelligeret. Denique scimus impossibilium nullam esse obligationem. *L. impossibilium, infr. de reg. iur.* At non existimatur quis iurare posse, qui honeste et salva pietate non potest. *L. filius, infr. de cond. inst.* Ita qui in ea caussa sunt, satis hac ipsa re ex sententia edicti excipiuntur. Jam vero de vi iurisiurandi ita cavet prætor, ut aperte id velit iuranti prodesse: cum ex eo et actori actionem et reo exceptionem polliceatur. Repugnat huic consilio prætoris cogi quemquam iurare, ubi iusiurandum ei nihil prosit, multoque magis, si noceat. Atque horum alterutrum in su-

suprascriptis caussis posterioribus quatuor cernitur. Unde et ex sententia ipsa edicti eas omnes caussas esse apparet. Sed ex ordine et collocatione partium edicti hæc sententia evidentius perspicitur. Prius enim de vi iurisiurandi edixit, posterius de necessitate iurandi. Quorsum ita? ut intelligeremus, quod iam ante aliquoties monui, eum non nisi vi et utilitate iurisiurandi iuraturo bene constituta, ad necessitatem eius susci-
18 piendi pervenire. † Atque hoc esse non improbabiliter dici potest, quod Ulpianus scribit in *L. Marcellus*, §. *iurare*, *infr. de act. rer. am.* neminem de alieno facto iurare cogendum, et subiicit in *L. ideo*, ibid. *ita edictum ordinatum videri*. Edictum dicit non illud de rebus amotis, quia ad eam speciem nihil pertinet proprie de iureiurando cavere: sed edictum hoc, quod est a prætore de iureiurando propositum. Ut autem de facto alieno nemo cogatur iurare, ad hoc non constitutum edictum dicit, sed *ordinatum*; nec ordinatum esse, sed *videri*, ut intelligamus nihil hic de eo verbis edicti aperte comprehensum esse, sed tantum sententia edicti videri constitutum: videri autem ideo, quia ita sit ordinatum, idest, eo ordine scriptum edictum, ut ordo ipse sine verbis facile id ostendat. Sic enim, ut dixi, scriptum est: ut prius velit prætor iusiurandum prodesse iuranti, proposita ei in hanc rem exceptione, et actione: sic deinde hoc constituto necessitatem iurandi illi imponat. Dicet quis, in re et sententia edicti dubia hæc omnia defendi posse: nunc vero sententiam prætoris manifestam esse hanc, ut alias recusandi iurisiurandi caussas omnes velit esse exclusas. Edicit enim se eum a quo iusiurandum petetur, iurare coacturum, et hoc solum excipit, nisi referat iusiurandum. Qui ex definitione rem unam tantum excipit, non potest non videri in aliis rebus non exceptis definitionem confirmasse. *L. quæsitum*, §. *idem respondit domo instructa*, *infr. de inst. vel inst. leg.* Sed et his verbis recusandi facultatem dat iusiurandum referenti, nec aliam caussam exprimit. Qui quid concedit alicui certis in caussis nominatim expressis, hoc ipso cæteris in caussis denegare intelligitur. *L. maritus*, *C. de proc.* Et recte hoc diceretur omnino, si potestas referendi iurisiurandi proponeretur edicto exceptionis loco. Nunc autem edicto proponitur, non ut caussa aliqua recusandi hic excipiatur; sed potius ut hæc ipsa potestas constituatur, et tribuatur ei a quo iusiurandum petitur, qui eam iure suo non haberet, nisi esset hoc edicto constituta. Ex quo non illud efficitur, ut his cui iusiurandum defertur, alias caussas recusandi iurisiurandi non habeat; sed ut non habeat ex hoc edicto. Et ita est: cæteras habet aliunde iure suo, quia æquum est, eæque hoc edicto non impediuntur, sed sententia eius adiuvantur et confirmantur; hoc autem ut possit iusiurandum referre, habet ex beneficio huius edicti, alioqui non habiturus.

Manebit igitur, [30] non solum iustas esse aliquas caussas recusandi iurisiurandi, sed etiam tot esse, quot supra diximus, non modo non repugnante, sed etiam maxime adstipulante et postulante edicto. Neque vero plures generibus ipsis occurrunt. † Nam 19
quod Bartolus ad *L. manifestæ*, *hic*, non procul ab initio ait, ex persona deferentis iustam esse recusationem, si is qui iusiurandum detulit, sit turpis et peierare solitus, verum non est. Etsi enim is, [31] cui defertur, non potest tuto iusiurandum illi referre, cuius ob periuria fides et religio suspecta est: tamen potest alterum facere sine periculo, iurare videlicet. Quod si cum rem non ignorabit, et poterit iurare honeste, ac sine incommodo, iurare nolit, de se queri debet. Datur quidem reo hæc facultas, ut si malit, referat iusiurandum. *L. iusiurandum et ad*, §. *datur*, *hic.* Sed si nolit, aut non putet sibi expedire id referre: ex duabus rebus, quarum electionem edictum illi dat, relinquitur altera, quam præstare debeat, nimirum ut iuret. Ex persona autem eius, cui iusiurandum defertur, fuit aliquando apud Romanos iusta caussa huius recusandi sacerdotibus eorum et vestalibus, si verum est, quod Gellius refert *Lib.* 10. *C.* 15. fuisse hanc clausulam huius

30) Duar. tamen in *Com. h. t. C.* 14. difficile esse hoc definire, cum hoc omne in æquitate positum sit. Plane et ubi ex forma statuti res gesta per instrumentum probari debet, juramentum licite recusari volunt, Caroc. *Q.* 32. *principali.* Beust. *ad Rubr. D. h. t. n.* 62. Contra judicatum testatur Tessaur. *Decis.* 256.

31) Consentit Duar. *in Prior. Com. hoc tit. Cap.* 2. *et Poster. C.* 3. Quia etsi quidam timidi ac superstitiosi malint injuriam pati, quam jurare, publica tamen utilitas suadet, ne hominum superstitionis, quæ et rara est, ratio habeatur. Non obstat *L.* 8. *de cond. inst.* Ibi enim merito ratio habetur superstitionis, quia jurare nullius interest, modo voluntati testatoris pareatur. Dissentit Borch. *C. ult. n.* 19. (cujus verba usurpat transcriptor Setser. *Lib.* 4. *C.* 8. *n.* 12.) Beust. *ad Rubr. D. h. t. n.* 99. Et judicatum refert Ant. Fab. *C. suo h. tit. Defin.* 17. quod infamis deferre non possit, cum ei tuto non referatur. Confer. Idem 19. *Err. Prag.* 8. *sub fin.* et Fenestella *Lib. de Sacerdotib. C.* 6. Idem a Caligula constitutum refert Dio. *Lib.* 59. Seneca tamen 6. *Contr.* 8. Sacerdos (vestalis) raro juret, nec unquam nisi per suam Vestam. Plutarch. *Probl. Rom. Cap.* 44. jusjurandum tormentum liberorum vocat, et ideo Flamini Diali non licere jurare.

huius edicti inter cæteras: *Sacerdotem, Vestalem, et Flaminem Dialem in omni iurisdictione mea iurare non cogam.* Sed impiis sacris, eorumque sacerdotibus sublatis, etiam hæc pars exolevit. Ideo non exstat in libris nostris, extra quos nihil pro iure haberi Justinianus voluit. † Neque vero [32] quod pagani sacerdotibus suis in hac re tribuerant, id ad episcopos et ministros verbi Dei recte transferas: non quod ii qui recte præsunt, non omni honore digni sint: sed quia nihil fit adversus hunc honorem, si hi subjiciantur bonis et honestis legibus: quorum præcipue officium est his parere et in eo prælucere exemplo cæteris, ut verbo Dei præcipitur. 13. *ad Rom.* Nec recte caussabuntur re religione teneri, ne iurent: neque enim verbo Dei iurare quisquam prohibetur, ubi est opus. Quid, si etiam iubentur iurare, cum eis defertur? Nam verbo Dei cum omnes in universum, tum maxime qui Ecclesiæ præsunt, iubentur paci studere, quantum licet, eamque quærere et prosequi. ad *Rom.* 12. *ad Heb.* 12. 1. *Pet.* 3. Proinde et studere litibus et controversiis, si quæ inciderint, finiendis. Eodem autem verbo Dei omnium litium finis inter homines statuitur et probatur iusiurandum, *ad Heb.* 6. Tot ergo, ut dixi, iustæ sunt iurisiurandi recusandi caussæ, quot sunt expositæ, neque plures, quæ quidem occurrant. Sed ut ex his iusiurandum recusari posse dicimus: ita hoc ipso confirmatur extra has caussas id recusari non posse. Quod enim dicitur recusari posse iusiurandum certis de caussis, tantundem valet, ac si diceretur prohiberi nos his de caussis cuiquam invito iusiurandum deferre. Quod si his verbis prohibitum esset, statim colligeremus extra has deferendi ius esse: collectio iuris auctoribus usitata, ut in *L. ex eo, infr. de testib. L. qui testamento, §. mulier, infr. qui test. fac. poss.* Et certe valde stultum esset dicere iusiurandum recusari ex his aut istis caussis, si simpliciter, et sine ulla caussa potuit. Sed et illud constat rebus aliquibus certis ex definitione exceptis, hoc ipso in reliquis regulam confirmari, ut paulo ante dixi. *L. quæsitum, §. item respondit domo instructa, infr. de inst. inst. leg.* Ita superiorum caussarum enumeratione vel maxime extra has caussas statuitur ea necessitas iurandi, quam supra posuimus.

Sed quod † hanc minui superioribus diximus: de eo iureiurando dictum est, quod in lite a parte parti defertur auctoritate iudicis, ut erat propositum. Longe maior necessitas suscipiendi eius iurisiurandi, quo in dubiis caussis per iudicem res deciditur. Etsi enim hoc convenit cum superiore, quod et posterius hoc ex caussa recusari potest, ut scriptum est in *C. ult. extr. de jur.* tamen hoc longe dissidet, quod illic tot sunt recusandi caussæ, quam multas esse superius diximus; hic autem aut una est ex his tantum, aut certe una, et item altera, propter quas videatur id quod a iudice defertur, recusari posse, et eæ quidem, quæ raro incidant: certæ quæ ex arbitrio eius, cui defertur, omnino non pendeant. Quæ res facit, ut prope sine exceptione videatur necesse esse id suscipi: unde præcipue et necessarii nomen obtinet: de qua appellatione postea. Sit igitur in conditione huius iurisiurandi, ut possit et hac ex caussa recusari. Sed sciamus eius recusandi caussas esse posse has, si aut deferatur alicui de re [33] ei ignota, aut iudex profanus deferat iusiurandum illicitum: ut sic non liceat ei, cui defertur, integra conscientia et salva pietate iurare. Semper enim illud tenendum est in iureiurando neminem cogendum ita iurare, ut lædat pietatem, aut conscientiam. *L. 4. infr. de in lit. iur.* Cæteræ autem caussæ, quæ suprascriptæ sunt, in hoc iusiurandum non cadunt. Nam primum quod ad illas duas attinet, quæ nascuntur ex eius cui iusiurandum defertur, voluntate: hæ penitus ab hoc iureiurando remotæ sunt: postulationem dico [34] iurisiurandi de calumnia, et delati jurisiurandi relationem. Quid

enim

[32]) Diss. Cujac. *in Novell.* 49. *in fin.* Obrech. *de Iuram. calum. C.* 5. *n.* 14. *per L.* 25. §. 1. *in fin. Cod. de Episc. et Cler. Cap.* 1. *extr. de jurament. calum.* vid. *Not. supr. Cap* 3. *N.* 12. Sed recte noster. Passim enim jurisjurandi Episcoporum et Clericorum mentio. Quibus tributum, tum ut propositis SS. Evang. iurent, ut *supr. N.* 21. tum ut domi jurent, ut *C. seq. N.* 12. Vid. Virgil. Pingitz. *Quæst.* 35. *n.* 30. *et seqq.*

[33]) Veluti heredi *per Not. supr. h. Cap. N.* 20. *et Cap.* 11. *N.* 22. ibi III. *notitia. etc.*

[34]) Ita Borch. *C.* 7. *n.* 10. Rauchb. *P.* 1. *Q.* 11. *n.* 36. *et seq.* nec parti, quæ non detulit, nec judici, quem negotium non concernit. Et quia in eo is exsequitur dispositionem legis, præsumptio calumniæ cessat. *Arg. L.* 12. *L.* 18. *jud. solu.* Atque ita nec in juramentis a lege delatis (veluti quod heres non confecto Inventario præstat. *L. ult.* §. 10. *Cod. de jur. delib.*) exactioni hujus calumniæ juramenti locus. Rauchb. *d. Quæst.* 11. *N.* 35. *et seq.* Reinh. Rosa *addit. ad* Moller. *Nov. Sax.* 12. *p.* 1. *n.* 6. Iac. Schult. *Obs. Forens.* 57. *n.* 20. Enimvero si verborum cortici inhærendum, videri potest, ex *Nov. Elect. Sax.* 12. *P.* 1. etiam delato suppletorio vel purgationis iureiurando adversario prius de calumnia iurandum. Contra tamen in Curia Lipsensi iudicatum anno 1599. attestante Icto. quodam eximio in manuscriptis observationibus. Cæterum et Modest. Pist. *P.* 3. *Q* 130. *n.* 12 *et seq.* cum alicui reo deferretur iuramentum de qualitate lucri percepti, cuius dimidia ex conventione ad actorem redire debebat, non fuisse iniunctum calumniæ hoc iusiurandum deferenti scribit. Tum quod non calumniose exigi apparuerit, cum nemo

enim is, cui iusiurandum defertur a iudice, postulabit ab eo, ut prius ipse iuret de calumnia: ut nisi iuraverit, sit potestas iurisiurandi delati recusandi? At hoc iusiurandum non exigitur nisi ab eo, qui aliquid petit in iudicio ab adversario. Judex autem in iudicio nihil petit, sed apud eum petitur: ac ne illud quidem petit a reo, ut iuret, sed pro potestate iubet iurari. Tum autem quæ in deferente iudice calumnia aut iniuria esse potest, qui deferendo, iure licito et publico utitur. L. 3. *infr. quod met. cau.* Multo minus iusiurandum a iudice delatum potest referri. Nam cui tandem id referatur? Judicine? at in lite iurat is tantum, cuius de re agitur, et iurat solum unusquisque de facto suo, non de alieno, *L. Marcellus*, §. *iurare*, *infr. rer. amot.* Hic autem neque de re iudicis, neque de eius facto omnino agitur. An adversario? 35 at ei qui non detulit, referri iusiurandum non potest: cum non referatur, nisi quod ante delatum fuit. Neque iniquum est displicere ei eam conditionem, quæ ab eo non sit profecta. Arg. L. *iusiurandum*, *et ad* §. *datur*, *hic*. Nam quod generaliter scriptum est, in L. *generaliter*, §. *sed iuramento*, *C. eod.* Si cui iusiurandum delatum est, vel a partibus, vel ex auctoritate iudicis, posse eum iusiurandum referre: iam dixi ad hoc genus iurisiurandi non pertinere, sed ad id, quod delatum est ex auctoritate quidem iudicis, sed petente parte, ut iudex id deferat, ut indicant illa verba. *Quis enim ferendus est*: et item extrema illa, propter hoc ipsum, quod iudex eius petitionem secutus est. Quæ reliquæ caussæ sunt, ne hæ quidem ad hoc iusiurandum pertinent. Qui ex iureiurando afficitur aliquo incommodo, aut qui metuit, ne frustra iuret, hunc volumus iusiurandum recte recusare. Sed nihil horum metuit is, cui a iudice defertur iusiurandum: cum hoc exacto iureiurando futurum sit, ut secundum eum iudicetur, qui iuraverit, ac tandiu sententia valeat, quandiu novis instrumentis post repertis non retractetur. L. *admonendi*, *hic.* Postremo etsi id detulisset iudex antea, et ante sententiam revocasset: licet tamen ei mutato consilio postea id deferre: quoniam ita jus est, ut quod jussit, vetuitve judex, id possit contrario jussu tollere. *L. quod jussit*, *infr. de re jud.* Apparet ex his, sive a litigatore jusjurandum in lite ac judicio deferatur auctore judice, sive deferatur a solo judice in dubiis caussis, ex utroque genere jurari necesse esse, quandiu nulla sit idonea recusandi caussa: sed ex priore plures esse caussas ad recusandum; ex posteriore vix paucos. Ac quæ utrobique recusandi caussæ sint, expositum est: extra quas nihil relinquitur nisi necessitas jurandi, de qua quærimus.

CAP.

teneatur simplici assertioni stare, tum quia id iuramentum non litis decisorium, nec in eo fundum intentionis consistit, sed iuramentum liquidationis ad executionem potius processus quam merita caussæ pertinens, quale est illud, de quo *d. L. ult.* §. 10. *C. de iur. delib.*

35) Ita Don. *ad L.* 9. *C. h. t. n.* 19. *Add.* Borch. *C.* 7. *n.* 9. Myns. *ad Rubr. extra de probat. n.* 30. Diff. A. Fab. 19. *Err. Prag.* 7. *p.* 657. volens et hic relationi locum esse, de eo Accurs. contra apertissima verba *d. L.* 12. §. 1. dubitare. Ast resistit Fabro ipsa verbi *referre* significatio. Refertur enim unde illatum est. Et quomodo necessarium hoc jusjurandum magis quam judiciale, si non ex necessitate suscipitur. Denique si omnino verba: *Vel ex auctoritate*, *etc.* de necessario accipi debet, tamen quod de relatione sequitur juramentum judiciale solum referendum, sic ut singula singulis respondeant ita: Cui a judice defertur, jurare debet; cui a parte, jurare vel referre. Hinc in *seq. vers.* necessitas præstandi relatum, non indistincte imponitur utroque casu, sed ei, cui jure refertur, qui scilicet ipse detulit.



CAP. XIV.

Necesse esse venire ad iudicem iurandi caussa, cum vocatus fueris: nisi si quibus hæc veniendi necessitas remittatur: et quæ res hanc remittant.

SUMMARIA.

1. *Absentem qui iurare paratus erit, evocatum iurandi caussa venire debere.*
2. *Cur hæc necessitas inducta.*
3. *Vocari absentem ante omnia oportere, et quid in ea vocatione servandum, ut sit iusta.*
4. *Qui venire non possunt, excusati.*
5. *Necessitas veniendi quibus remittatur.*
6. *Egregiæ personæ quæ.*
7. *Qui venire non coguntur, domi iurare cogendi: mittiturque ad absentem officialis iudicis; quis, et cuius sumptibus.*
8. *Si absens qui venire non cogitur, ex alieno territorio erit, per iudicem eius territorii transigentur quæ de iureiurando facienda sunt, et quo modo.*

QUod superest, monendi sumus non simplicem esse hanc necessitatem. Ut enim aliquoties iam attigimus, non solum exigitur, ut cui iusiurandum defertur, iuret, sed etiam ut iuret præsente iudice, ut cautum est in *L. generaliter*, §. *omne*, *C. eod.* Quod non tantum hanc vim habet, ut nisi præsente iudice iuretur, non sit ratum iusiurandum: sed etiam ut si ab aliquo postuletur, is apud iudicem iurare necesse habeat. Hæc necessitas ita iurandi aliam necessitatem adversus absentem inducit: nimirum, ut si aberit is, quem pars adversa præsens iurare vult, is etiam huius rei caussa venire debeat, si modo in absente idem illud ius servetur, ut præsente iudice iurari oporteat. Id quod et receptum est: unde et illa altera necessitas, de qua restat, ut ad conditionem totius huius necessitatis explicandam cognoscamus. Ac de ea sic ha-
1 bendum est. † Referre iusiurandum sibi delatum absens si velit, potest: cum relatio, per quemcunque significetur, præsenti qui iusiurandum detulit, nihil noceat. Potest multo magis per procuratorem significare se nolle iurare. At si iuraturus est: hoc vero absens facere non potest, neque per se ibi, ubi est, neque per procuratorem suum ibi, ubi agitur; sed deferente adversario venire debet ad iudicem, ut coram iusiurandum præstet: ut si non venerit, sua sit et huic recusationi pœna. Hæc necessitas veniendi, cum iurisiurandi caussa evocatus fueris, vetus est, non Justiniani lege primum introducta *d. L. generaliter*, §. *omne*. Nam iam olim si quis ad iusiurandum vocaretur, certis personis tributum hoc esse constat, ut ad eas domum mitteretur. *L. ad personas, hic.* Quod certum argumentum est id aliis non concedi, sed domo evocatas venire cogi: præsertim cum personæ conditio in eo locum fecerit beneficio: quod quoties accidit, id observatur, ut deficiente ea conditione beneficium deficiat. *L. in omnibus caussis id observatur, infr. de reg. iur.* Sed maxime confirmatur hæc necessitas a Justiniano in *L. generaliter*, *C. eod.* non solum quod iubet in litibus omne iusiurandum dari sub ipso iudice, quod facit in §. *omne igitur*; sed etiam quod in §. *his de præsentibus*, aperte dicit ipsam principalem personam, cui iusiurandum delatum est, necesse esse datis certis induciis ad iudicem venire, ut coram iuret, vel si videtur, referat, aut recuset iusiurandum. Adiicitur quidem, nisi iudex existimaverit rem ibi transigendam esse, ubi absens degit: sed quatenus iudici id existimare liceat, ostendit in §. *ultim. seq.* cum iubet eum in hac re id sequi, quod observatio iudicialis postulat: in quo quid ius postulet, paulo post
dicam. † Non abs re est autem, quod qui iusiurandum defert, postulat ut adversarius ad iudicium adsit, [1] ubi iudice præsente iuret. Non enim tantum ita fieri ad iudicis officium pertinet, cuius est quidquid ad probationem et litis decisionem in iudicio adfertur, id cognoscere et æstimare, ut ex eo deinde sententiam ferat: *L. iudices*, *C. de iud. L. de qua re*, *supr. eod.* Sed etiam magnopere deferentis interest. Sic enim eveniet, ut iuraturus præsentia et auctoritate iu- 2

1) Et in necessario cum primis multum refert, qua constantia aut trepidatione juret, *ad L.* 12. *pr. C. hoc tit. n.* 6. A. Fab. *Cod. suo hoc tit. Defin.* 31. Ubi nec in locum judicis alium substitui posse putat, coram quo juretur, quia ipsi potius judicaturo videndum, nec ab alio explorandum, qua fronte vel fiducia juratum sit. Sed et præcedere oportet admonitiones judicis, ut juraturus probe rem expendat, nec temere juret aut pejeret.

iudicis territus, iuret timidius, dubitetque, hoc præsente et metum numinis incutiente, ea dicere ac facere, quæ fortasse remotis arbitris non reformidasset. Ut enim litera, auctore Cicerone, sic solitudo non erubescit. Nec audiendus est [2] procurator absentis, si se paratum dicat nomine domini iurare. Non enim huic iusiurandum defertur, sed domino. Neque vero cogendus est adversarius huic potius deferre: cum inter fidem et religionem cuiusque multum intersit. Certe nihil est, quod deferenti possit obiici, si ei quem fortasse non novit, aut etiam cui nolit, eandem fidem non habeat. Recte dictum est, in re cuiusque præscribi domino non debere, cur metuat hoc aut illud subire, vel cur nolit, cum variæ sint hominum voluntates. *L.* 4. *infr. ad Treb.*

Sed esse oportet, quod absenti imputari possit, cur non venerit, prius quam quidquam eo nomine pœnæ caussa in eum statuatur. Pœna enim cum sit delicti vindicta, sine delicto esse non potest. *L. aliud est fraus, infr. de ver. sig.* Sic autem est, quod possit absenti imputari, si vocatus sit, ut adesset iurandi caussa: nec vocatus quovis modo, sed rite: et vocatus venire contempserit, ut nulla sit vocato excusa-
3 tio, quod non venerit. † Dixi vocari absentem debere, ut venire necesse habeat: quod est in promptu. Nam quomodo venire poterit, ut iuret, qui se ad iurandum vocatum ignorabit? Evocatur ad iurandum is, [3] cui denuntiatur, ut adsit in iudicio ad iusiurandum præstandum quod ei ab adversario defertur. Quomodo dicimus absentes testes evocari testimonii dicendi caussa. *L.* 3. §. *ult. infr. de testi.* Sed et rite vocari oportet. Alioqui nec vocatus videatur *L. quoties, sup. qui sat. cog.* ut proinde in vocato denuntiationem impune contemnere liceat. Quæritur ergo per quem vocari debeat, et quomodo, ac cuius sumptibus, tum quis possit vocari. In quibus hic ritus et ius vocandi continetur. Et iudicis est hæc vocatio, denuntiatioque omnis, non litigatoris: ut cum pars præsens absentem iurare volet, nihil ei prosit, si per se aut per privatum aliquem curet absentem admonendum, eique denuntiandum, ut adsit in iudicio iurisiurandi caussa, quod illi deferre constituit; sed a iudice eam denuntiationem postulare debeat: huius autem sit curare, ut absens ea gratia evocetur. Sic ius est de absentibus evocandis et admonendis, quoties abest unus ex litigatoribus, quo tamen præsente aliquid in iudicio, aut apud iudicem fieri oportet, idque ut fiat ab adversa parte postulatur. *L. etiam*, §. *ult. supr. de minor. L. si quando*, §. 1. *C. de testib. Novel. de testib.* §. *ult.* Unde et vocationes huiusmodi iudicum, *consuetæ* vocantur in *Novel. ut spons. larg.* §. *ad hæc.* Hoc autem modo evocabit absentem iudex, ut per apparitorem, seu executorem id faciat: ut fit, quoties pro officio et potestate aliquid denuntiat. *d. L. si quando*, §. 1. *C. de test.* Quod eo pertinet, ut intelligamus, quamvis iudex procuratori ipsi absentis mandarit, ut ad dominum mitteret,

2) Recte. Nam absens per alium facilius et audacius pejerabit, Ant. Fab. *C. suo h. t. Definit.* 31. Et plerumque Procuratores viliores, locutuleii et ad pejerandum procliviores minusve meticulosi, Coler. *Decis.* 115. *n.* 9. *et* 10. Atque hoc sane apud nos jure Sax. extra controversiam. Ita enim habetur. *Artic.* 17. *Uveichbild. Muz. Sein. Scuvissen mit seiner selbst Hand. reinigen.* Et *Lib.* 1. *Landr. Art.* 46. quod mulieres ipsæ, non per curatores suos, jurare debeant. Quod multo magis in maribus obtinere dicendum, Reinh. *Inter diff. Zobel. Diff.* 21. *n.* 12. *et* Zobel. *Diff.* 27. *n.* 1. *Part.* 1. Coler. *Decis.* 115. *n.* 3. *et* 6. Rauch. *P.* 1. *Quæst.* 3. *n. et* 10. Knich. *de Sax. non provoc. jure v. jus C.* 4. *n.* 65. *et seqq.* Quod adeo stricte in Curiis servari, ut etiam illustres personæ ipsæmet jurare cogantur, itaque in caussa cujusdam Principis contra Comites quosdam agentis pronunciatum testantur, Muller. 4. *Semestr.* 20. *et* Knich. *d. loc. n.* 68. Sicuti et jusjurandum Collegio vel Universitati delatum, non per Syndicum, sed tres vel quatuor e Senioribus, quibus res melius comperta, præstari debet ex *Nov. El.* 13. *P.* 1. Beust. *ad Rub. D. hoc tit. n.* 71. Confer. A. del Re *de juram. calum. C.* 15. *n.* 107. *et seqq.* Etsi vero auctores citati dispositionem hanc juris Sax. a jure civili discrepare sentiant. Etsi item Bart. *in L.* 13. §. 13. *de dam. inf.* et sequaces Sich. *ad L.* 12. §. 4. *C. h. t. n.* 3. Covar. *ad C. quamvis* 2. *de Pact. in* 6. *P.* 1. §. 5. *n.* 18. Sneidvin. *in* §. 11. *I. de act. n.* 104. *et seqq.* P. Greg. 50. *Synt.* 7. *n.* 8. Asin. *de Exsecut.* §. 9. *C.* 2. *n.* 1. Obr. *de Iuram. calum. C.* 6. *n.* 19. per Procuratorem jusjurandum ita præstari recte velint, si speciale mandatum habeat, ut in animam domini juret, per *d. L.* 13. §. 13. *C. ult. de jur. calum. in* 6. *C. præsentiam* 2. *de testib. in* 6. Itaque receptum quoque perhibet Duar. *in Prior. Com. h. t. C.* 7. Idemque ex *L.* 17. §. *ultim. h. t.* cumprimis comprobari censent Obr. et Sneidv. *d. loc.* qui hoc amplius *n.* 107. hanc dispositionem civil. nec jure Sax. correctam statuit, putans quod in Curiis notris obtinet, statutis earum et ordinationibus adscribendum. Attamen melior Donelli nostri sententia, maxime quoad jusjurandum decisorium, in qua et olim Bald. *in L.* 12. §. 4. *C. h. t. n.* 2. eamque prælucere dicit Gilk. *ibid. n.* 2. et ex mente Bart. esse, et deferens vult, ut ipse reus præstet, Vid. Borch. *C.* 4. *n.* 10. *et seq.* Bron. 2. *Ax.* 29. Neque enim deferens alterius fidem sequutus; et jurandum ex conditione delata, ut *supr. C.* 6. Ac confirmat *L.* 21. §. 5. *de nox. act.* Ia. Schult. *in addit. ad* Coler. 6. *Decis.* 115. *n.* 29. Et more pessimo receptum esse, ut quis juret in alterius animam scribit Gifa. *ad L.* 39. §. 1 *de Procur. n.* 15. Ventur. de Valen. *Parthenii litigiosi Lib.* 1. *C.* 15. *n.* 33. Longe alia certe ratio est delationis, quæ fit per Procuratorem ut *d. L.* 17. §. *ul. supr. C.* 4. *n.* 1. alia præstationis delati ab alio. Qui non Procuratori, ita enim res dubio vacat, ut *supr. C.* 7. *n.* 6. sed domino ejus detulit. Confer. *not. supr. C.* 3. *N.* 10.

3) Sed et adversarius qui detulit, citati debet, ut veniat ac præsens jurari videat, ipse vel per Procuratorem ad hoc ordinatum, *d. L.* 12. §. 4. ubi Gilk. *n.* 4. Beust. *ad L.* 15. *h. t. n.* 40. *et seq.* Caroc. *Q. principali* 4. Qui si non compareat, per contumaciam ejus jusjurandum delatum pro præstito est, *Novell. Sax.* 12. *P.* 1.

ret, eumque admoneret: tamen frustra id esse, nec absenti id nocere, sive eum procurator non admonuerit, sive admonuerit, et ille neglexerit venire. Neque enim vocatur per iudicem, qui adhibito ministro publico iudicis non vocatur. Et ut non cogitur quisquam parere extra iurisdictionem suam ius dicenti: *L. ult. supr. de jurisd.* sic nec extra officium suum vocanti, aut quid exsequenti fidem habere. Est et hoc in officio iudicis absentem evocantis, ut venturo 4 certum tempus præfiniat, intra quod ad iudicium adsit: ne longiorem moram trahat, et si non veniat, excuset, quod nullum tempus constitutum habuerit, eoque efficiatur vocatio inanis. Quo referri debet, quod de certis induciis absenti ad veniendum dandis cautum est in *d. L. generaliter*, §. *his de præsentibus*, *C. eod.* De sumptibus in iter faciendis quæri potest, an iuste periturus sit absens hos sibi in iter a deferente prærogari: his autem non suppeditatis non magis cogendus sit venire, quam coguntur testes, qui ad testimonium evocantur. *L. si quando*, *C. de test.* Sed diversa est caussa testium. Illi enim ad caussam alienam vocantur, in qua nihil est, cur cogantur de suo sumptus facere. Litigator absens vocatur in sua caussa, et ita, ut vocetur in rem suam. Vocatur enim ed iurandum: quod si faciet, futurum est, ut secundum eum iudicetur. *L. admonendi*, *hic.* Quamobrem puto eum re integra suis sumptibus venire debere. In sententia sarcientur ei postea, si iurabit, ut suo loco dicetur. Initio autem re integra ut sibi prærogentur a deferente, frustra postulabit. Etenim cum quis postulante adversario proficisci, aut aliquid aliud cum sumptu facere cogitur, tribuitur quidem hoc ei, ut faciat petitoris sumptibus; sed non aliter, quam si petitoris caussa faciat, non sua: in rem petitoris, non suam. *L. si res mobilis*, *sup. de rei vind. L. si in Asia*, §. 1. *infr. dep. L. operæ enim*, *inf. de op. lib. L. ult. C. de stat. et imag.* Quod si vocatus cum venerit, iusiurandum referre aut recusare volet: iam hic ideo suis sumptibus proficisci debet, quia harum rerum gratia, si proficiscitur, non necessarium iter, eoque nec necessarios sumptus instituit: cum possit absens, nec coram iudice horum utrumque facere, út ante diximus, idque significare adversario per eum apparitorem, a quo vocatus est. Quare si aliter facit, de se queri debet, ac culpa eius est: quod sua culpa damnum sentit, sentire non videtur. *L. quod quis ex*, *infr. de reg. jur.* Hoc statui hoc loco eo spectat, ut intelligatur nullam esse caussam vocato, ne veniat, quamvis ei sumptus ad iter ab adversario non suppeditentur, ac sine horum oblatione rectam esse vocationem. Omnem recte vocari constat, qui sit territorio judicis subjectus. Quid, si absens sit ex alia provincia alienove territorio? Fortasse quis dicat non posse jure evocari, sed ad judicem ejus loci mittendum esse, ut quæ iureiurando delato facienda sunt, apud eum transigantur, juxta formam præscriptam in *L. generaliter*, §. *his de præsentibus*, *C. eod.* quoniam extra territorium, suprave iurisdictionem suam ius dicenti impune non paretur. *L. ult. supr. de iurisd.* Ego autem puto nihilominus etiam iudicem hunc recte evocaturum per apparitorem suum, ut nisi veniat, sit pœna non venienti constituta. Nec metuemus, ne dum iudex id facit, videatur supra iurisdictionem suam facere: quia qui apud eum litigat extraneus, is se eius iurisdictioni in ea caussa subiecit, sive agit, sive alio agente iudicium apud eum suscepit. *L.* 1. *L.* 2. *in pr. supr. de iud.* Si iudex sententiam aut decretum in alieno territorio exsequi vellet, puta ibi bona pignori capiendo, aut in possessionem mittendo, liceret ei non parere; quia exsequitur extra territorium, et in res eius territorii potestatem non habet. *L. cum unus*, §. *is qui*, *infr. de reb. auct. iud. poss.* Nunc autem absentem ad iurandum vocando non aliud agit, quam ut moneatur absens, ac si non paret, sit ea pœna, quæ est in potestate ipsius iudicis. Id enim agitur, ut si sponte venit vocatus et iurat, iudex pro eo sententiam ferat; si non venit et recusat iurare, ferat adversus eum: quorum utrumque iudex pro sua iurisdictione statuere potuit: ut dicendum sit nihil hic eum nisi inter personas suæ iurisdictioni subiectas, et de caussa ad iurisdictionem suam pertinente, et in territorio suo statuere. Atque hæc idonea vocatio est.

Ut autem quis † rite sit vocatus: non 4
continuo tamen in culpa est, aut ulli pœnæ subiicitur, qui vocatus non venit; sed qui contempsit venire, abestque per contumaciam. Arg. in *L. in caussæ*, 1. §. 1. *supr. de minor. L. contumacia*, *infr. de re iud.* Quod

4) Apud nos *d. Nov. Sax.* 12. *P.* 1. terminus legalis 6. hebdomadarum et trium dierum. Quo lapso juramentum pro deserto et neglecto, atque is cui delatum fuit, pro confesso habetur. Qua de re Vid. Jac. Schult. *Obs. forens.* 5. *et* 3. *seqq.*

Quod ita fit, si vocatus cum posset et deberet, non venit. *Sunt* vero qui non possint, sunt etiam qui iure non necesse habeant, iure hanc necessitatem remittente. Ei qui etiam si vellet, non potuit, nihil est, quod possit imputari. *L. cum quidam*, §. *si pupillo*, *infr. de usur.* Proinde qui [5] necessitate aliqua prohibitus est, erit excusatus: veluti si vi hostium aut latronum, si tempestate, si morbo *L.* 2. §. *si quis iudicio*, *supr. si quis caut. L. inviti*, 1. *infr. de testib.* Idem est, etsi iure sit prohibitus, ut quia publici muneris caussa retentus sit, aut aliunde ad testimonium desideratus. *d. L.* 2. §. 1. *et* §. *si quis iudi-*
5 *cio*, *supr. si quis caut.* † Interdum etiam ei qui venire potuit, hæc veniendi necessitas, ut dixi, iure remittitur. Qua de re statuitur aut ex intervallo locorum, aut ex conditione personæ. Ex intervallo locorum, [6] ut ne quis absens evocetur per longum iter, ubi nulla gravis et evidens evocandi caussa urgeat. Quod in testibus evocandis constitutum *L.* 3. §. *ult. infr. de testib.* etiam ad hanc speciem referri debet: in qua et ipsa qui ad iurandum vocatur, ad rem probandam vocatur: quoniam iusiurandum probationis loco est. *L.* 5. §. *dato*, *hic.* Sed et in hac specie facilius admittendum, quod ad mendacium in iurante deprehendendum minimum valet, prudentia et diligentia iudicis: quia non interrogatur varie is, cui iusiurandum delatum est, sed res uno verbo transigitur, ut dicat se iurare ita, aut ita rem se habere: quod in interrogatione testium secus est. Ex conditione personæ non uno modo: nam hic istarum rerum ratio habetur, sexus, infirmitatis corporis, paupertatis, officii dignitatis personæ. Sexus in fœminis, quibus hoc tribuitur, [7] ne contra pudorem sexui congruentem cogantur conventibus virorum vel iudicis interesse: usque adeo ut placeat capitale esse, si quis iudex matremfamilias in publicum pertraxerit, *L. maritus*, *C. de proc. L.* 1. *C. de offic. diver. iud.* Infirmitatis in [8] senibus et valetudinariis: quibus consulitur, ne cogantur domo longius aut diutius abesse cum incommodo valetudinis. *L. inviti*, 1. *infr. de testib. L. ad personas*, *hic.* Paupertatis in his, [9] qui bonis casu amissis propter nuditatem honeste in publicum prodire non possunt: quorum et ipsorum pudori recte parcitur, ne cogantur prodire: quod definitum est in *C. si quis testium*, *extr. de testib.* recteque defenditur, arg. *L. in eadem*, *in fi. supr. quibus ex cau. mai.* Officii in his, qui administratione aliqua pro exercitu, aut Rep. funguntur. Non loquor de administratione et functione necessaria, qualis est militum, et eorum qui Reip. caussa absunt: quos omnes constat satis necessitate ipsa muneris impediri, ne absint ab his locis, in quibus pro ratione muneris eos consistere convenit: *d. L. inviti*, 1. *infr. de test.* loquor de administratione voluntaria, qualis est publicanorum, et eorum, qui quid exercitui præbendum conduxerunt, quibus et ipsis pro utilitate publica placuit hoc tribui, ne etiam testimonii caussa evocentur, ne impediatur eorum administratio. *L. inviti*, 2. *infr. de testib.* Dignitatis in his personis, quæ egregiæ nominantur. Egregias personas placuit ad iurandum domo evocari non debere *L. ad personas*, *hic.* † Egregias [10] personas dici 6
con-

5) Et hic quoque carentiam Advocati excusare ex Wes. Moll. *ad d. Nov. Sax.* 12. *n.* 2. ubi monet, mature hoc judici significari debere, petique ut terminus prorogetur.

6) Gilk. *ad L.* 12. §. *hæc de præsentib.* 4. *n.* 4. committi judicis arbitrio, num ipsum accersi velit, an si in longinquo sit, Magistratibus ejus loci delegare.

7) *Nov.* 124. *C.* 1. vers. *Si vero mulier C. mulieres* 6. *extr. de senten. excomm.* Chassanæ *Catal. glor. mund. P.* 2. *Consid.* 30. Quod recens fuisse institutum, cum vetus mos fuerit Vestales quoque in foro et judicio audiri, quoties testimonium dicerent ex Tacito 2. *Annal.* probat Tiraq. *L. Connub.* 10. *n.* 33. Sane Duar. *in Prior. Com. C.* 7. istud quod in publicum prodire non debeant, moribus Italorum, non Gallorum convenire scribit. Neque hoc apud suos obtineri posse in judiciis, nisi matrona sit egregia. Quin et Caroc. Italus licet *Q.* 5. *Quæst.* 13. *princip. n.* 4. hoc servari solum in Nobilibus et puellis; viles et rusticas ipsas accedere. In pudicis et honestis Ant. del Re, *de Juram. cal. C.* 17 *n.* 8. In Germania hoc usurpari in honestioribus notant Sich. *ad L.* 12. §. *ult. C. h. t. n.* 2. *et* Obr. *de Juram. cal. C.* 9. *n.* 23.

8) Non propter reverentiam, sed propter necessitatem, si nec possunt venire Duar. *in Prior. Comm. h. t. C.* 7. Licet enim Beust. *ad L.* 15. *h. t. n.* 12. *et seqq.* honorem hunc ætati haberi velit: tamen plerique testantur, hoc jus, ut senes excusentur, consuetudine non servari: ut ipsi venire debeant, nisi aut morbo conflictentur, aut in dignitate aliqua constituti. Vid. Tiraquel. *de Jur. primogen. Præfat. n.* 109. Caroc. *Q.* 5. *Quæst.* 13. *principal. n.* 6. *et seq.* Ut judicis arbitrii sit, quis hic, qua ætate senex habendus, Menoch. *Arb. C.* 59. Sicuti et quis hic valetudinarius, aut infirmus, Menoch. *seq. Casu* 60. De quo et unde hoc cognosci et æstimari debeat, Caroc. *d. Q.* 5. *n.* 13. *ac seqq.*

9) Quod et recipiendum in Nobili paupere, maxime cum huic dedecus sit in publico comparere viliori habitu, post alios Tiraquell. *de Nobil. C.* 20. *n.* 47. *et seq.* (Neque enim Nobilitas paupertate amittitur, ut idem *d. Tr. C.* 25.) Sed hoc apud suos non servari scribit, Chassanæ. *Catal. glor. mundi*, *P.* 8. *consid.* 38.

10) Qui speciosi, *L. speciosas* 100. *de V. S.* Rulant. *de commiss. P.* 2. *lib.* 2. *C.* 5. *n.* 9. Quinam autem tales habendi, cum non facile sit definire, judicis arbitrio ex cujusque dignitate ac existimatione æstimandum tribuunt Duar. *in Prior. Comm. h. t. C.* 7. *in Poster. C.* 3. *sub. fin.* Gravat. *de communi testatus*, *Annot. ad Pract.* Vestrii *Lib.* 6. *C. ult. n.* 11. Menoch. *Arb. C.* 70. *n.* 2. Obr. *de Juram. cal. C.* 9. *n.* 20. Sed a Donelli doctrina non abludunt, quæ habet Perreno, aliud licet agens. 1. *Animad.* 25. qui tres dignitatis caussas statuit: loci dignitatem, natalium splendorem, meriti præstantiam. Ut omnis dignitas vel loci sit, vel ordinis seu familiæ, vel meriti, quæ in specie dignitas vocetur, per *L.* 1. *C. Th. ad L. Jul. de ambit. L.* 4. *C. Tr.* 1. *de accusat. etc.*

constat, quæ sunt extra cæterorum gregem. Ut autem intra gregem aliorum civium esse dicuntur, qui communi utuntur cum aliis conditione et iure: sic extra gregem ii, qui hac conditione exempti propria aliqua et præstantiore fruuntur. Communis civium conditio ita est, ut nemo civis in alium civem, qui ex eadem familia non sit, ius potestatemque habeat, sed omnes æquabili iure inter se vivant: tum ut omnes subiiciantur muneribus publicis non solum patrimoniorum, sed etiam personalibus. Quod si qui in hac caussa non sunt, hos vere extra communem conditionem aliorum, idest, extra gregem positos esse dixeris. Quamobrem tres res egregios faciunt, potestas publica et præfectura in alios; immunitas ab omnibus muneribus iure tributa, et claritas his rebus comparata. Potestas in alios publica est in iurisdictione. Hic sic recte definiemus: Qui cum potestate et iurisdictione præsunt aliis, quive in hac potestate auctoritatem aliquam iuris dicendi pro munere publico, quo funguntur, obtinenti, quales sunt [11] domini territoriorum seu feudorum, in quibus iurisdictionem habent in subditos; quales duces belli tam inferiores, quam superiores; quales magistratus tam Principis, quam municipales; quales iudices non dati; quales magistratuum iudicumve assessores, qui propter auctoritatem publicam de iure consulendi, nonnullam in iurisdictione partem obtinere videntur: hos omnes non dubitabimus propter publicam potestatem in alios, et quia aliis præsunt, inter egregias personas esse habendos. Nihil enim horum nisi extra communem conditionem et sortem reliquorum civium. Illud præcipue, quod præsunt, extra gregem eos, ac proinde egregios esse ostendit. Quod enim præsunt, commune habent cum pastoribus. Nemo autem ignorat pastores in grege non esse, sed maxime extra gregem. His finitimi sunt etsi (*) *sine iurisdictione*, qui *præsunt* [12] *in ecclesia Dei*, *episcopi*, ministri verbi, doctores, et qui regendæ ecclesiæ quoquo studio dant operam. Et certe præcipue ecclesia gregi comparatur, hi sunt pastores. *Ioan.* 21. *Act.* 20. 1. *Pet.* 5. et hi quidem, qui maxime inter alios duplici honore digni habeantur. 1. *ad Timot.* 5. ut maxime hi egregii dicendi et habendi sint: quo et in numero præcipue habentur constitutionibus. Unde et præcipuo quodam favore illis tributum constitutionibus id, quod egregiis personis tributum dicimus, ne ad iudicium inviti trahantur. *L. nec honore*, *auth. sed iudex*, *C. de epis. et cle.* Immunitas idem præstat, aut certe idem personæ tributum arguit. Immunitate ab omnibus muneribus publicis et civilibus iure publico [13] donati sunt, medici

11) Maxime vero illustres, qui injuriam sustinent, iudicio consistendo, *Nov.* 71. *C.* 1. Attamen ex stilo Curiæ Lipsiensis Comes quoque ipse (in persona, ut *not. supr. h. C. N.* 2.) et publice jurare tenetur Jac. Schult. *addit. ad decis.* Coleri 115. n. 25.

12) Et est ordo sacerdotalis dignitas, *L. atrocem* 4. *C. de injur. C. denique ult. pr.* 4. *distinct.* Nec clericus inter plebeios numerandus, *L.* 2. *C. ut nem. priv.* Tiraq. *de Nobil. C.* 9. Quin Episcopi illustres, Vid. Jannin. *Lib.* 1. *de Cit. reali C.* 1. *n.* 892. *et seqq.* Add. Meno. *C.* 70. *n.* 4. Olim sane Sacerdotibus idem non tributum, exemplo ex Tacito *Lib.* 6. ostendit Duar. *in Prior. Com. h. t. C.* 7. *et in Post. C.* 3. *in fin.*

(*) Infensus Ecclesiasticæ potestati sive jurisdictioni Donellus sæpius eandem tundit incudem, vel ut est in Græcorum proverbio τὸ ἀυτὸ ἀδει ἆτμα, ut hic et superioribus locis; sed mihi non est animus, actum agere. Fallitur omnino Donellus dum omnem Episcopis jurisdictionem denegat: qua de re vide quæ *supra Civil. Comment. Lib.* 2 *Cap.* 4 *col.* 205 *et Lib.* 13 *Cap.* 20. *col.* 961 sub asterisc. Sunt adnotata, ibique laudatos.

13) Et quidem non solum publice in Academiis docentes, sed quosvis Docturæ insignibus ritu publico decoratos egregios haberi; hocque privilegio frui, crebrius ac probatius asseritur, teste Gravat. *Annot. ad Pract.* Vestrii *Lib.* 6. *C. ult. n.* 12. Beust. *ad d. L.* 15. *h. t. n.* 1. cum Doctoratus sit dignitas et quivis Doctores nobiles. Qua de nobilitate fuse Tiraq. *de Nobil. C.* 5. Sinibald. Ubald. *de Nobilit. Axiom.* 24. Thom. Horner. *in Responso de Nobilit.* Chassa. *Catal. glor. mund. P.* 8. *Consid.* 10. *et* 12. *et P.* 10. *Consid.* 24. Sim. Majol. *Dier. canicul. Tom.* 2. *Colloq.* 6. *pag.* 504. Gui. Pap. *Decis.* 88. *et* 388. ibique *in Addit.* Ant. Rambaud. Gomez. *in L. Tauri ul. n.* 17. Franc. Pfeil. *Cons.* 197. Harpr. *ad* §. 1. *I. de iis per quos ag. n.* 78. *et* 4. *seqq.* Rulan. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 7. *C.* 2. Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisd. P.* 1. *C.* 7. *Memb.* 2. *n.* 66. *et seqq. et Lib.* 3. *P.* 2. *C.* 14. *n.* 90. *et seqq.* Jo. Halbrit. *Orat. de Privil. DD.* (subjecta *Tract.* Boceri *de jure belli*) *p.* 335. *itemque Orationes* Mynsingeri (quæ inserte *apud* Speckh. *Cent.* 1. *Q.* 100.) Wolf. Gruningii, Arnol. de Reig. et Herm. Kirchneri (quæ tres junctim excusæ) *de Dignitate Doctorali.* Quod idem quoad medicos contra aliorum rationes propugnat Sinibald. Ubald. *supr. d. loc. Axiom.* 51. *et* 2. *seqq.* Confer. Simac. *Lib.* 1. *de Repub. C.* 10. fuse Tiraq. *de Nobil. C.* 31. Sane eos qui ex rescripto, seu condicillis Comitum Palatinorum gradum adepti, quos condicillares aliqui vulgo bullatos Doctores appellitant, iisdem Privilegiis non frui magno consensu plerique prodidere, arg. *L.* 51. §. 1. *de leg.* 2. Vid. Gu. Pap. *Decis.* 88. *n.* 3. *et Dec.* 388. *n.* 11. Coler. *de Process. exsec. P.* 2. *C.* 3. *n.* 129. Rulant. *P.* 1. *Lib.* 1. *C.* 14. *n.* 8. Ott. Melad. *Comm. Cameral. Parte* 1. *Tit.* 45. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 22. post plures citatos novissime Jacob. Aleman. *Consult.* 5. *pag.* 213. *et seq.* Scite Majol. *Dier. canicular. Tom.* 2. *Colloq.* 6. *pag.* 505. Quorum tamen patrocinium operose suscepit Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisd. P.* 1. *C.* 6. *Mem.* 1. *n.* 73. *et seqq.* Num licentiati iisdem gaudeant, vid. Guid. Pap. *Decis.* 390. Menoch. *Arb. Casu.* 379. Matth. Steph. *Lib.* 3. *P.* 2. *C.* 14. *n.* 95. *et seqq.* Enimvero cum multi hodie præpropere Doctoris supercilium usurpent, quos discipuli suscipere famulatum decentius esset ut verbis Rubricii *Lib.* 2. *Epist.* 25. levicule inflexis utar, cumque haud raro collatores honorum requisitis iis, de quibus fuse Pacia. *Lib.* 2. *de Probat. C.* 41. insuper habitis non tam doctrinam candidatorum explorent, quam crumenam turgidulam excutiant, Vid. quæ ex Alciato Matth. Steph. *d. Lib.* 3. *P.* 2. *C.* 14. *n.* 77. *et* Simon Majol. *d. Colloq.* 6. *p.* 505. Unde tot a multis de Doctoribus sine legibus et Doctorellis quos vocant prodita. Vid. Neviz. *Sylu. Nupt. Lib.* 5. *n.* 39. *et seqq.* Pacia. *d. C.* 41. et quæ ex Hippol. Marsil. refert Rulant. *P.* 1. *Lib.* 1.

dici, bonarum literarum et liberalium artium professores, doctores legum, omnes ita, si a principe aut iis penes quos eligendi ius est, publice probati in numeros constitutorum relati sint. *L.* 1. *L.* 2. *L. medicos*, *L. ult. C. de prof. et med. lib.* 10. His quidem, ut apparet, immunitas data propter doctrinam ac præstantiam artis, et merita in Remp. ut vel præstantiæ huius solius habita ratione videri possint egregii, quasi virtutis præstantia supra alios eminentes, ac velut extra gregem aliorum positi. Sed quoniam virtus sola non facit, quominus qui hac inter cives aliis excellunt, pari et communi iure cum aliis utantur: non prius isti ad hoc nomen vere et iure perveniunt, quam ob virtutem et salutarem Reip. operam extra communem aliorum sortem iure sint constituti: quod fit immunitate illis concessa. Ita præstantia artis et operæ in Remp. collatæ immunitati caussam dedit: immunitas publice illis tributa vel facit, vel certe nunc primum declarat esse egregios, qui sine hac intra communem aliorum sortem iure constitissent. Hac de caussa de his etiam constitutum, quod nomini huic et titulo conveniat: nempe id de quo agimus, ut ne hi ad iudicium deducantur inviti, idest, ne venire cogantur. *d. L. medicos*, *C. de prof. et med.* Claritas superiore potestate, itemque professione earum rerum, quas diximus, atque immunitate paratur ea, non solum quæ tribuatur suprascriptis personis, quamdiu munere suo fungentur; sed etiam his ipsis potestate et professione publica honeste functis: neque his tantum, sed et horum et vivorum et mortuorum uxoribus ac filiis. Ut puta: fuit aliquis olim Romæ consul aut prætor. Quod illi honoris et claritatis deferretur consuli et prætori extra ea quæ sunt iurisdictionis, placuit deferri [14] consulari et prætorio postea facto, idest, consulatu et prætura functo, sed et uxori, [15] atque liberis. *L.* 1. *C. de dignit. lib.* 12. *L. fœminæ*, *supr. de senat.* Eademque immunitas doctoribus, professoribusque superioribus tributa etiam post missionem honestam, nec non coniugibus, eorumque liberis. *d. L. medicos*, *L. ult. C. de prof. et med.* Et quod missionem consecutis idem tribui dicimus, hoc ipsum est quod legimus in *d. L. medicos*, non solum medicos et maxime archiatros iuberi esse immunes, sed etiam ex archiatris. Uno enim verbo dicuntur ex archiatris ii, qui archiatri munere functi sunt: eadem forma qua posterioribus Imperatoribus [16] exquæstor, seu ex quæstore, exconsul seu ex consule dicuntur, qui quæsturam aut consulatum gesserunt, in *Proem. Inst.* §. *cumque.* *L. unica*, §. 1. *C. de no. Cod. fa.* *L. unica*, §. *ad istum*, *C. de Iust. Cod. cont.* Hæc res facit, ut sicut parentes in munere: sic et ipsi finito eo inter egregios habeantur, eademque claritas pertineat ad liberos, ut neque hi neque illi vocati ad iudicium venire cogantur. *d.* L. *medicos*, *C. de prof. et med.* Ex his potest intelligi, quid sentiendum sit de [17] nobilibus nostræ ætatis, quos ita vocamus: nam et de his quæsitum est, num et

C. 14. *n.* 7. Ideo haud absurde, qui immunitatibus veris Doctorum eos solum frui debere voluut, qui vel docendo, vel agendo operam reip. navant vitamque professioni convenientem degunt. Vid. Gu. Pap. *Decis.* 388. Wessenbec. *Cons.* 40. *n.* 40. Rulant. *d. C.* 14. Quo ipso exclusi solum habendi qui vel inertia Doctores nomine, non re, vel desidia vitam silentio obscuri transigunt. Nec docentium loco tantum qui publico stipendio e cathedra, sed et qui intra domesticos lares alios laudabiliter instituunt, utilibusve exercitiis eorum studiis prosunt. Cum primis vero qui publicatis doctrinæ monumentis egregiis ad posteritatem victuris de republ. optime merentur, quibus non unius Academiæ, nec paucos, nec suæ solum ætatis homines instituunt. Quos cæteris præferendos esse statuit Chassanæ, *Catal. gloriæ mundi P.* 10. *Consid.* 28. Plane quod *L. un. C. de professoribus qui in urbe Constantinop. Lib.* 12. *tit.* 15. habetur, post continuatum per 20. annos docendi munus professores comitivam mereri, etsi tum ex *Rubr.* tum ex verbis *d. L. un.* in hac regia urbe non locum habere in alibi profitentibus videatur, Bellon. 1. *Supputat.* 13. alii tamen plerique exinde generaliter inferunt. Quo de Chassanæus, *d. P.* 10. *Consid.* 26. Menoch. *Arb. Casu* 68. *n.* 43. *et seqq.* Jannin. *Lib.* 1. *de Citat. reali C.* 1. *n.* 833. *et n.* 872. Wessenb. *d. Consil.* 40. *n.* 50. De insignibus inaugurationis doctoralis, eorumque significatione pluribus Chassan. *d. P.* 10. *Consid.* 36. Gomez. *in L. Tauri* 83. *et ult. n.* 16. Pacia. 2. *de Probat.* 41. *n.* 129.

14) Et Advocatus deposito officio, per *L.* 1. C. *de Advoc.* 2. Gu. Pap. *Decis.* 389. *n.* 1. Tiraq. *Tr. Cessante caussa P.* 1. *Limit.* 15. *n.* 8. Beust. *ad L.* 15. *h. t. n.* 25.

15) Quod de filiis Senatorum Curiæ in specie tradit Tiraq. *de Nobilit.* C. 6. *n.* 21. Quid si ante dignitatem editi? Non interesse dicitur, *L.* 15. *D. de Senator.* Convenit *L.* 2. §. 2. *de Decurion.* *L.* 9. §. 4. *de pœn.* Unde Briss. *de Jure connub. pag.* 557. Accedens ait et superveniens patri dignitas in liberos quoque antea procreatos transfunditur. Etsi contradicere videatur *L.* 11. C. *de dignit.* de quo vid. *et* Duaren. 2. *Disp.* 29. Curt. 2. *Conject.* ad Viv. 20. Tiraq. *de Nobil. Cap.* 15. *n.* 7. *et* 2. *seqq.* Hott. illustr. *Q.* 2. Pac. 2. Euant. *Q.* 39.

16) Vid. Ant. Aug. 3. *Emed.* 3. *p.* 135. ubi plura similia recenset, atque hos a Grecis vocari *ἀπὸ ὑπάτων καὶ ἀπὸ κυαιστόρων* ostendit. Sic Turneb. *in* 1. Cicer. *de LL. fol.* 124. docet, quod differt Proconsul, qui consulatum gesserat, et ex consulatu Provinciam obtinebat et Proconsul, qui loco Consulis, licet privatus esset.

17) Tiraq. *de Nobil.* C. 20. *n.* 46. *et seqq.* Menoch. *Arb.* C. 70. *n.* 11. Quod generaliter et in simplici Nobile non obtinere in eoque multos decipi scribit Caroc. *de Jurament decis. Q.* 15. *quæstionis* 13. *principalis n.* 21. Et in immediate solum subjectis imperio admittit, non in aliis, nisi in dignitate, ut officio publico constituti, Rulant. *P.* 2. *Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 11. *et* 12. Confer. Coler. *de Process. P.* 1. C. 6. *n.* 130. *et seqq.* Plane etsi non male P. Greg. 4. *de Repub.* 2. *n.* 1. Nobilitatem generis absente virtute, opinione, non re ipsa: in imagine non veritate consistere, et malos a Nobilibus ortos *γενναῖους* dici posse: non Nobiles Sicuti et Cornel. Fronto. Generosum, qui Græc. *γενναῖος* a Nobili distinguit, vid. Danæ. 2. *Polit. Christ.* 6. Georg. Cicler. *de incertitud. rer. hum.* C. 8. Rittershus. *Com. ad* Salvian. *Lib.* 3. *de Guber. Dei p.* 102.

et ipsi hoc ipso quod tales sunt, inter egregias personas sint habendi, quamvis nihil unquam præclari aut egregii gesserint. Et probandum est in hoc numero esse habendos, sive ipsi aliquem dignitatis gradum apud principem aut in exercitu obtinent, sive imperium iurisdictionemve habent in subditos, sive his rebus destituti ab his parentibus oriundi sunt, qui ista aliquando obtinuerunt: quoniam liberi claritatem generis retinent. *d. L.* 1. *C. de dig lib.* 12.

7 Postquam sunt, qui † venire non possint, aut cum possint, non cogantur, quid fiet, si nihilominus eos litigator præsens iurare velit? faciendum est, quod traditur in *d.* L. *ad personas*, hic, *ad eos domum mitti oportet ad jurandum.* Quibus verbis breviter dubitationibus his tribus occursum est. Quæreret enim primum aliquis, quia constitutum est præsente iudice iurandum esse, *L. generaliter*, §. 1. *C. eod.* et hi venire ad iudicem non coguntur, an propterea nec iurare cogendi sint. Et monemur his verbis, non eo minus iurare cogendos: et merito. Dum enim domi iurabunt, nihil fiet, adversus beneficium iuris, quod illos domo evocari prohibet: quoniam et sic iurantes domi manebunt. Ratio *L. quid enim*, *supr. de jud.* Quo recepto succedent deinde hæ quoque dubitationes de præsentia iudicis. Si hi domi iurare cogendi sunt: utrum præsente iudice id faciendum est, ut cogatur iudex ad eos ire, quo iurantes audiat, ne fiat contra ius, quod præsentiam iudicis exigit; an hic et absente indice iurari potest? Quod si absente, an ne hoc quidem exigimus, ut quisquam hic intersit: qui vicem iudicis suppleat; an vero ut intersit, quo satisfiat? utrumque hoc uno verbo decisum est, cum dicitur, ad eos [18] *mitti oportere.* Sic enim intelligimus iudicem ipsum ad eos venire non debere, quod esset indignum propter honorem et dignitatem iudicis. *L. iubemus*, §. *ult. C. de epis. et cler.* et in iureiurando audiendo re non ita difficili non necessarium: sed tamen ne omnino videatur recedi ab eo iure, quo exigitur præsentia iudicis, a iudice mitti debere eum, qui partibus eius fungatur, idest, qui iusiurandum absentis, aut relationem vel recusationem audiat et excipiat, eaque referat ad iudicem. Quem ergo mittet iudex? aliquem ex iis quos in officio suo et ministerio publico habet, ut est in *auth. sed iudex*, *C. de ep. et cler.* sed idoneum et intelligentem, ut est scriba publicus, aut notarius, qui actis excipiendis præpositus est *C. si qui testium*, *extr. de testib.* Quæsitum est etiam, cuius sumptibus hic mittetur ad absentem. In quo si quæritur quis in sumptus in eam rem factos damnari debeat: aliena hoc loco quæstio est, et ad sententiam ex delatione iurisiurandi latam reiicienda: ac mihi propositum est de eo dicere postea. Sin hoc quæritur, quis statim sumptus in eam rem facere debeat: quæstio est expedita. Is enim debet, [19] qui defert, quia

et

et seqq. Sarmient. 1. *Select. Interpret.* 15. *n.* 6. Jannin. *Lib.* 1. *de Citat. reali C.* 1. *n.* 834. *et seqq.* Et Turcæ in iis, quos muneribus et honoribus præficiunt, nullam Natalium rationem ducant. vid. Busbeq *Epist.* 1. *p.* 31. *et* 38. *et* 36. *etc.* Attamen ut Bapt. Mantuan.

In sobolem transire patris cum semine virtus
Sæpe solet, refertque satus quo quisque parente est.
Adde quod auditæ laudes et clara Parentum
Facta movent animos, generosaque corda nepotum
Sollicitant, et calcar habent, abiguntque veternum.

Hinc quondam Maiorum imagines in atriis habebantur, ut earum aspectu vehementissime animus ad virtutem incenderetur. Qua de re scite ex sententiis veterum Jo. Savaro *Comm. ad* Sidon. Appollinar. *Lib.* 1. *Epist:* 6. ad illa verba: *Senatorii seminis homo, qui quotidie trabeatis pro avorum imaginibus ingeritur.* Ubi et de honoribus recordatione parentum delatis Natalibus vero plus deferri quam virtuti, doctrinæ, meritis ægre ferendum. Vid. Busbeq. *d. loc. pag.* 76. Chassanæ *Catal. gloriæ mundi P.* 8. *Confid* 28. In Anglia Nobiles censeri, qui vel odie de plebe educti ae dignitates, refert Alb. Gentil. 4. *de Nupt.* 13. *p.* 459. Apud Venetos autem omnes eos, qui a primis urbis conditoribus orti: iisque aditum esse ad Rempublicam capessendam, non aliis, Machiavel. *Lib.* 1. *Discu. de Rep. Cap.* 6. Sed et *in L. ult.* §. *ult. de Senator.* habetur solos in senatu sententiam dicere, qui a Patriciis et Consulibus descendunt. Quam tamen Triboniani adjectionem esse sumptam ex *Novel.* 62. plerique probabiliter putant, Cujac. *in Nov.* 62. Balduin. *in not. ad d. L. ult.* Duar. *ad tit. D. de Senat. C.* 1. *cir. fin.* Joan. Savaro *in Comm. ad* Sidon. *Lib.* 3. *Epist.* 6. Gilb. Reg. 2. *Enant.* 2. Vult. *ad L.* 1. *Cod. Ubi Senat. n.* 12. Leunclav. *Lib.* 2. *Notator. Cap.* 5. Licet Alb. Gentil. *Disp. ad* 1. *Macbæor. C.* 6. mundiorem esse orationem, quam ut Triboniano tribuatur. Hispani Nobiles Hidalgos vocant, voce a Latina deflexa, quasi Italicos, traductione ab iis, quibus jus Italicum, Sarmient. 1. *Select. Interpr.* 15. *n.* 1. Itali et Galli Gentiles; quia barbari, antea gentes dicti in devictis Provinciis meliori quam Romani jure utebantur, *ita* Marc. Velser. *Lib.* 8. *Rerum Augustanar. fol.* 163. Sed aliter Tiraq. *de Nobil. C.* 2. *n.* 53.

18) Recte Diss. Rævard. 4. *Var.* 19. per locum Taciti 2. *Annal.* ubi ad Urgulanicam Vestalem ipse Prætor missus. Sed meminisse debebat exemplo singulari jus generalo non constitui. Plane Joan. Maria Riminald. voluit in arbitrio esse judicis, velitne ad has personas mittere, an illas in judicium vocare ad jurandum. Quem refellit Borch. *h. tit. C.* 9. *n.* 15. Num huic beneficio renunciari possit, Vid. Covar. *in C. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *Parte* 2. *Relect. princip. n.* 27. Petr. Barbosa *ad L. alia* 14. *ipsi* 15. §. *eleganter.* 1. *sol. matr. n.* 11. *et seq.* Qui affirmat; ac regulam, Iuductis ob reverentiam personæ debitam non renunciari, intelligit de ea reverentia, quæ debetur alteri ceu capiti, aut superiori, aut parenti, marito etc. Non posse renunciari generaliter, sed in certa specie litis, Beust. *ad L.* 15. *h. tit. n.* 9.

19) Alii communibus impensis; quia utriusque interest caussam decidi, Caroc. *Q.* 5. *Quæstionis* 13. *principalis*

et huius postulatu mittitur ad absentem, et rem ita decidi, ut postulat, eius interest. Arg. in *L. si res mobilis*, *supr. de rei vind. L. ult. C. de sta. et imag.* cuius certiorem rationem si quærimus cum Bartolo (nam et huic idem videtur ad *d. L. ad personas*,) non utemur ea, quam ille reddit, quod quæ favore alicuius introducta sunt, non debent adversus eum converti, ut ei noceant: dici enim potest, quod mittitur aliquis ad absentem, pro absente fieri, non contra eum. Mittitur enim, ut adsit iuraturo, qui sibi iurat, non alii: et mittitur ut præsentia sua ratum efficiat iusiurandum, quod alioqui sine iudice foret inutile. Proinde rationem non modo nihil ad rem facere; sed etiam recte exigi, ut quod in rem absentis instituitur, id fiat ipsius sumptibus: Arg. *d. L. ult. C. de stat. et ima.* Sed hæc non obscura ratio est, quod superiores isti, de quibus diximus, iure faciunt, quod non veniunt etiam vocati: iure enim eis conceditur, ne veniant: quod autem iure fit, pœnam non meretur. *L. Gracchus*, *C. de adult.* Nam hæc si ita sunt, efficitur, si quis hic ad eos mittetur, quia non veniunt, nihil eos eo nomine præstare debere: quoniam quidquid quis præstare cogitur ob id quia aliquid non fecit, pœna est. §. *ult. Inst. de legat.* Præterea si quis esset ex his, qui venire coguntur, dixi eum suis sumptibus venire debere. Ergo si quis non cogitur, iter ad illum ipsius sumptibus fieri non debet. Alioqui inutiliter ei tribuetur, ne veniat. Non moveor, quod mitti ad absentem prodest absenti iuranti, dum hoc modo iusiurandum eius ratum fit. Non enim continuo si quid gestum alteri prodest, eius rei sumptus debet agnoscere is, cui prodest; sed ita si velit fieri sua caussa, et totum ad utilitatem eius pertineat. *d. L. ult. C. de stat. et imag.* In proposito autem absens non petit sibi iusiurandum deferri, aut ad se mitti aliquem iurandi caussa. Sed nec missio sine manifesto eius damno contingit: cum si absens veniret, hos sumptus vitare potuerit, et nihilominus iurisiurandi commodum consequi. Sic tamen mittet iudex ad absentem,
8 si is sit subiectus territorio iudicis. † Quod si ex alia provincia, alienove territorio erit, faciendum est, quod de eo cavetur in *L. generaliter*, §. *his de præsentibus*, *C. eod.* dabit operam iudex, ut absens in provincia ubi degit, sub actorum testificatione iusiurandum vel det, vel referat, vel recuset. Ubi acta intelliguntur, acta iudicis eius loci, in quo absens degit, continentia, quid præsente vel auctore eo iudice cum absente actum sit de iureiurando: quæ deinde remittantur ad priorem iudicem, ut ex his sententiam rei convenientem ferat, ut paulo apertius indicatur in *L. iudices*, *C. de fid. inst.* Itaque his verbis res iubetur committi ei iudici, cuius in territorium mittitur, ut is adversus absentem in iureiurando exigendo eadem faciat, quæ faceret iudex litis, si absens eius territorio subiectus esset. Proinde si absens est is, qui conditione personæ evocari possit, sed propter intervallum locorum datur hoc ei, ne extra provinciam suam per longum iter extrahatur: eum iudex eius territorii ad se evocabit, et de iureiurando præsentem audiet. Quod si erit absens ex eorum numero, qui venire non cogantur: mittet iudex ad eum, ut ante diximus: et quæ acta erunt, ea excepta et consignata curabit referenda ad suum iudicem, idest, eum apud quem iudicio de re agi cœpit. *d. L. iudices.* Hæc ideo per iudicem alterius territorii transigi placuit, quia hoc modo transigitur res rectius, utpote et sine imminutione iurisdictionis alienæ, et minore litigantium sumptu atque incommodo. Quidquid autem horum fiet, cautum est, ut iudex qui absenti potestatem facit ibi iurandi, ubi est, faciat etiam deferenti potestatem eo veniendi vel per se, vel per procuratorem, si videtur, ut ad diem constitutum adsit iis, quæ de iureiurando aguntur: actenus tamen, ut placeat eius facultatis non aliam vim esse, quam ut si adesse velit, ei satisfiat; si nolit, nihilominus valeat, quod eo absente gestum est. *d. L. generaliter*, §. *his de præsentibus*, *C. eod.* Ac quæ res ad iurandum vocatis necessitatem veniendi remittant, et quid hic adversus absentem sequendum sit, satis dictum est. Illud constat, his rebus detractis ipsam illam veniendi necessitatem manere, quam iure hic statui diximus.

CAP.

n. 23. Alii judicis arbitrio hic multum tribuunt. Vid. Menoch. *Arb. Cap.* 228. Tiraquell, *de Nobil. Cap.* 20. *n.* 50. Guttierez. *Lib* 1. *Pract. Q.* 63. Gilken. *ad L.* 12. §. 2. *C. h. t. n.* 5. Beust. *ad L* 15. *h. t. n.* 45. *et seqq*

CAP. XV.

Adversus eum qui jurare, aut jurandi caussa ad judicem venire non vult, quæ sit pœna.

SUMMARIA.

1. *Pœna adversus omnem, qui iniuste iurare non vult, summa, et quæ.*
2. *Pœna adversus non iurantem reum quæ, et cur, ac* L. Manifestæ, h. t. *sententia.*
3. *Reum omnem non iurantem edicto coerceri.*
4. *Prætor cogit solvere, non iudex.*
5. *Magistratus iudex etiam tunc, cum non iudicat.*
6. *Ad quid cogatur reus, qui recusat iurare.*
7. *Cogendi ad solvendum ratio, quæ.*
8. *Reum recusantem iurare prius damnandum, et quomodo in eo res transigatur.*
9. *Ab ea damnatione appellare licere, et quatenus, et cui. Expositus*, §. sed iuramento, L. generaliter, C. de reb. cre.
10. *Pœna adversus actorem non iurantem ex sententia edicti, et quæ.*
11. *Appellare et actori eodem modo licere absoluto reo.*
12. *Victum ex caussa iurisiurandi in expensas condemnari debere.*

SED hactenus utraque illa necessitas et iurandi et ad iudicem veniendi, quo apud eum iuretur, hucusque tantum progressa est, ut intra nudam iussionem iuris consisteret, dum scilicet ostendimus, qui iure in ea caussa sint, ut illa facere iubeantur. Frustra, si hic consistitur. Potest enim qui iubetur, iuri non parere. Quare ad statuendam necessitatem utramque hoc etiam supererat, ut qui iubetur illa facere, cogatur, si recuset, aut certe ne sit impune: quod et edicto factum est. Addita est enim pœna adversus recusantem, in qua hæc cogendi ratio continetur. Huius enim metu subibit iusiurandum is, quem iure iurare oportet: quod nisi faciet, scire debet impune non futurum: de qua pœna et cogendi ratione reliquum est, ut pro in-
1 stituto dicatur. † Ne autem hic variæ pœnæ requirantur, una adversus eum, qui præsens non iurat, altera adversus eum, qui vocatus ad iurandum non venit, quoniam de utroque horum separatim diximus: sciendum est in utriusque recusatione unum atque idem factum versari, ut in eodem facto una [1] quoque et communis pœna utriusque esse debeat. Nam et qui non venit, ut iuret præsente iudice nihil aliud quam iusiurandum recusare intelligitur. Sive enim nec absens iurat, plane idem facit, quod is qui præsens iurare non vult; sive iurat absens, tamen pro eo haberi debet, ac si non iuraret, quia iurat vitiose: quippe non ita, uti oportet, cum præsente iudice iurare debuerit. Proinde inutiliter. *L. quoties, supr. qui sat. cog.* Ita qui de eius qui præsens apud iudicem iurare non vult, pœna dixerit, de utriusque pœna dixerit. Quamobrem et ad hunc solum, quod satis est, orationem conferemus. Et si summatim breviterque dicendum est, eius qui sine caussa apud iudicem iurare non vult, summa pœna una est, ut pro confesso simul et convicto habeatur, *L. manifestæ hic.* Unde quod de debitore in iure confitente scriptum est in *L. si debitori, supr. de iud.* solum huic superesse, ut pecuniam solvat, eique ad eam rem tempus dandum esse idem, quod iudicatis: hoc ipsum et adversus recusationem iurisiurandi hoc edicto cautum est, dum hoc edicitur, ut qui recusat, solvere cogatur. *L. iusiurandum et ad* §. *ait, hic.* Sed an per omnia adversus recusantem eadem pœna sit, quæ adversus confessos et convictos dubitari potest, et maxime propter verba edicti, quæ nunc exstant, quibus tantum de reo, eoque ad solvendum cogendo cautum est. Nos statuere debemus eadem omnia adversus eum qui iurare non vult, servari: si minus verbis edicti, at certe sententia, quæ ita accepta est, et confirmata partim auctoritate prudentum, partim constitutionibus. Quod ita facile poterit intelligi, si partibus huius pænæ propositis, de his distincte agemus, ostendemusque breviter, quid iuris sit in singulis. Quod non minus ad explicationem edicti facere non dico conducet, sed etiam omnino necesse est. Pœna adversus eum, qui iurare recusat, constituta parti-

[1]) Convenit *Nov. Sax.* 12. *P.* 1. *ut not. C. præced. N.* 4.

tibus triplex est. Consistit enim partim in re principali de qua agitur, partim in sumptibus iurisiurandi interponendi caussa factis. Et rursum quæ in re principali versatur, duplex est. Alia est enim de re principali versatur, duplex est. Alia est enim de re principali adversus reum; alia adversus actorem, ut est istarum personarum ius et conditio diversa. In sumptibus litis pœna utriusque communis. Quare si totum hoc ius pœnæ recte explicari volumus, sic videtur fieri posse, si primum de pœna rei in re principali, quando de hac pœna in edicto primum ac solum cautum est; secundo loco de pœna actoris in hac re ipsa; tertio de sumptibus litis quos uterque agnoscere debeat, in commune dicatur: quem et ordinem hic sequemur.

2 Edicti † pœna quæ quidem verbis, quæ nunc habemus, expressa sit, adversus reum, ut dixi, dirigitur, eaque dumtaxat in re principali. Sic enim verba sunt, ut qui iurare non vult, nec iusiurandum referre, hunc prætor edicat se solvere coacturum. *d. L. iusiurandum*, *et ad* §. *ait*, *hic.* Non solvit quisquam, nisi qui debet: nec solutio est, nisi eius quod debetur. *Inst. quib. mo. tol. obl.* In huius partis explicatione hoc primum occurrit, ut quoniam ita ius edicto cautum esse constat, quæratur, quamobrem: et num videatur potius non debuisse ita caveri, quasi cautum contra formam iuris optime in iurisdictione constitutum. Sic enim ius est adversus negantes reos, non oportere hos statim vi terreri; sed primum convinci, tum convictos damnari, sic deinde remediis iuris urgeri debere ad solutionem. L. *negantes*, *C. de obl. et act.* At qui recusat iurare, idem et se debere negat. Poterat responderi, pœnam hic constitui iniustæ recusationi. Sed semper hic quoque quæretur, quam recte: cum semper verum sit hunc eundem negare: nec ius patiatur negantem aliter quam convictum damnari, et cogi solvere. Paulus ergo aliter. Non enim dubium est, quin ad reddendam superioris edicti rationem pertineat hæc illius definitio: *manifestæ turpitudinis esse et confessionis nolle nec iurare*, *nec iusiurandum referre.* L. manifestæ, *hic.* Interrogati enim quare cogatur edicto solvere, qui iurare non vult, aptissime superius illud respondebimus. Id vero rem exspedit. Vult enim intelligi Paulus [2] his verbis, ne hic quidem debuisse negantem et non convictum reum ad solvendum cogi, siquidem negaret, et non convinceretur. At ne in proposito metuamus, ne quid contra fiat, utrumque hic evenire, ut qui iurare non vult, nec iusiurandum referre, is et turpiter convinci, et ultro de intentione adversarii confiteri intelligatur: ita etiam superiori iuri atque æquitati consequens fuisse, ut hic quoque, qui iurare recusaret, solvere cogeretur: quod et edicto cautum est. Sed quæ ista confessio est in eo, qui iurare non vult, cum is maxime verbis neget se debere: aut quæ in hac recusatione turpitudo inesse intelligitur potius, quam in debiti inficiatione, cum unicuique liberum sit, quæ ab altero conditio offertur, eam sine turpitudine repudiare? *L. nec emere*, *C. de iur. del. L. sicut C. de obblig. et act.* Et sane nulla hic esset recusantis, aut negantis rei turpitudo, nisi is prius confessus esset se debere, quod post illam confessionem nunc se habere turpiter negat. Ita merito prius de confessione eius quæri oportet. Ideo autem qui iurare sine caussa recusat, hoc ipso intelligitur de debito confiteri, quia nulla illi caussa probabilis esse potest iurisiurandi recusandi, nisi quia periurium metuit, si iuret: et ideo metuit, quia sibi conscius est se debere. Nam si se non debere sciret, et iusiurandum nollet referre, iuraret ipse sine dubio: cum id salva pietate faceret, et hoc consequeretur commodi, ut sine ulla molestia statim absolveretur: quod commodum nemo unquam nisi supinus reiiciat. *L. cum de indebito*, *infr. de prob.* Hac confessione admissa, quæ est in recusatione iurisiurandi, sequitur turpitudo, non quæ insit in hac ipsa recusatione conditionis oblatæ, quæ per se sine turpitudine, ut et cætera oblata negligi potest, sed in inficiatione debiti, quæ illam confessionem sequitur. Qui enim prius confessus erat, aut certe qui pro manifeste confitente ante habitus est, perseverat adhuc negare se debere, et contendere vult, ac molestiam probandi adversario creare, cum iureiurando interposito potuisset res statim esse confecta. Hoc vero turpiter facere intelligitur, mentiendo se id debere, quod debere sua ipsius recusatione et confessione aperte arguatur. Summa hæc est: non dubia iuris et æquitatis ratione hoc edicto

2) Convenit Duar. *in Comm. Prior. h. t. C.* 2. Ut modeste facit, qui adversarium caussæ Iudicem constituit, ita impudens iudicandus, qui talem conditionem sibi oblatam recusat. Nec aliena illa Aristotelis 1. *Rhet. ult. sub fin.* ex Xenophane. Grave et absurdum esse nolle eum iurare de quibus alios dignum iudicet iurare et iuratos iudicare.

cto fieri, ut qui iurare aut iusiurandum referre non vult, solvere cogatur: quia si quis in iure confessus esset, aut in iudicio convictus hoc ipsum certo et constituto iure facere cogeretur. *L. 1. infr. de conf.* L. *si debitori, supr. de iud. L. negantes, C. de obl. et act.* Utrumque autem inest in eo, qui apud prætorem iudicemve iurare non vult, nec iusiurandum referre.

Hoc iure constituto, videndum est qualis sit hæc coactio, quam edictum pollicetur, et quid contineat. Et in ea hæc spectanda sunt: persona quæ cogitur; is qui cogitur; res ad quam ille cogitur; cogen-
3 di ratio; cum cogendi tempus. † Qui cogitur, est is quidem a quo iusiurandum petitur, ut sunt primo verba edicti; sed non omnis, verum reus, qui debere dicitur: exigitur enim statim ab eo, ut solvat: quod, ut ante dixi, nisi in debitorem non cadit: cum non sit solutio, nisi eius quod debetur. Sed animadverso consilio prætoris, et superiore edicti ratione, facile est intelligere sub persona ejus, qui debuit prætorem de omni reo sentire, a quo aliquid petitur, etsi in rem cum eo agetur, non quia debeat, sed quia rem possideat. §. 1. *Inst. de act.* Non enim caussa dici potest, cur debitorem cogat prætor præstare, quod ab eo petitur, non cogat autem possessorem, cum quo maiore et certiore ex caussa agitur. Sed et reum cogit solvere, quia recusantem iurare pro confesso et convicto habet. Statuatur ergo idem et adversus possessorem, adversus quem confessum aut iudicio convictum eadem, quæ adversus debitorem, statuerentur. Itaque his verbis: *eum a quo iusiurandum petetur, solvere cogam*, intelligamus prætorem hoc edicere generaliter, se eum cum quo agetur, quacunque actione agetur, id quod petitur, præstare coacturum, ut fieret, si convictus sententia iudicis condemnaretur.

Quis autem hic coget? nam de eo scri-
4 ptum videtur dissimiliter. † Ex edicto cogit prætor, idest, magistratus seu is qui iurisdictioni præest, apud quem de ea re iure agi cœperat. Prætor est enim, qui de se loquitur, et edicit se solvere coacturum. *d. L. iusiurandum et ad, §. ait, prætor, hic*, At in *L. delata, C. eod.* scriptum est, reum in hac caussa necesse habere solvere per iudicem. Quæ videri possunt contraria: cum alius sit prætor, alius iudex; aliud officium prætoris, aliud iudicis. Alioqui non recte distinguerentur stipulationes prætoriæ a iudicialibus: quas tamen ut species contrarias distingui constat. *L. 5. infr. de verb. obl.* Et ad concilianda hæc diu mihi verum esse visum est, quod Duarenus scripsit in commentario ad hunc titulum. *Cap.* 3. recte nimirum dici utrumque. Nam et per prætorem reum cogi posse, et per iudicem: sed varie ac diversis temporibus, prout apud hunc aut illum iusiurandum postulabitur. Per prætorem, cum ante litem contestatam iusiurandum exigitur apud eum, ad quem iudicio experiundi caussa ventum erat: nam tum quidem iudex dici non potest, cum lite contestata iudicium esse incipiat. *L. 1. C. de iud.* iuncta *L. lite, infr. de usur.* Per iudicem autem, cum lite contestata, ac tum scilicet iudicio et iudice constituto, postulabitur iusiurandum apud eius litis iudicem. Sed re mecum paulo diligentius expensa, reperio [3] vix esse, ut hoc posterius defendi possit. Illud quidem vere dicitur, post litem demum contestatam incipere iudicium et iudicem constitui, et si idem lite contestata cognitionem retineat, qui in iure aditus fuerat experiundi caussa, incipere eum iudicem fieri, qui ante litem contestatam erat prætor aut magistratus, distinctis plane officiis, ut docui ad *L. 5. infr. de verb. obl.* Sed non si apud hunc iusiurandum petitur, ideo per hunc reus qui non iurat, cogitur solvere, de quo nunc quæritur. Quin ita vere generaliter definiemus: utcunque postuletur iusiurandum lite contestata: non alius tamen cogit reum solvere, quam magistratus; solus iudex, seu iudex ut iudex, nunquam. Quæ enim hic partes sunt iudicis adversus recusantem? non aliæ, quam ut iudicet. *L. de qua re, supr. de iud.* Quod in eo positum est, ut quoniam in hac caussa reum absolvere non debet, eum condemnet, ut solvat. *L. 1. infr. de re iud.* Hoc vero non est cogere. Potest enim reus qui condemnatus est, non parere iudicatis. Quod si faciat, restat adhuc, ut sententia mandetur exsecutioni, et quod sponte non facit, id pignoribus captis facere cogatur. At hæc exsequutio solius est magistratus, non iudi-

3) Atqui ipse noster ad *L. 9. C. h. t. n. 24. ac seq.* Duareni expositionem comprobat ita: Prætorem aliter cogere, si apud ipsum in jure delatum est, actionem denegando, vel compellendo ut solvat, remediis prætoriis. Aliter judicem, si judicio constituto jurari debuit, condemnando vel absolvendo. Ante enim hanc sententiam ad exsecutionem veniri nequit. Attamen licet salvari ita ea posset interpretatio verb. *per judicem, d. L. 9.* non quod judex datus exsequatur, sed quia is sua sententia efficit, ut exsecutioni locus fiat; commodius tamen Donellus.

dicis. Argumento est, quod si iudex a magistratu datus sententiam dixerit, non ipse sententiam suam exsequitur, sed magistratus, qui eam dedit. *L. a Divo*, §. 1. *infr. de re iud.* Aut ergo magistratus ipse iudex fuit, et sententiam dixit: et hic sine dubio sententiam suam exsequetur magistratus. Aut ab eo magistratu, ad quem in ius aditum erat, iudex datus est; qui et iudicavit: et ne hic quidem alius cogere potest ad parendum, quam magistratus, qui eum dedit. Ita fit, ut prout ante litem contestatam iusiurandum postulabitur, aut postea, recte dici possit iusiurandum postulari alias apud prætorem: alias apud iudicem; sed cum ad cogendum recusantem reum ventum fuerit, semper cogendi partes sint prætoris, seu magistratus, cuius exsequutio est, non iudicis: aut non abs re nec otiose, sed ἐμφατικῶς nominatim de se edicat prætor, se eum qui iurare non vult, solvere coacturum, quo hanc cogendi potestatem solius prætoris et magistratus esse intellige-
5 remus. † Cur ergo dicitur alibi cogi reus solvere per iudicem? non sane quia cogatur per iudicem, ut iudicem seu partibus iudicis fungentem; sed quia in usu veterum primis etiam temporibus, qui iuri dicundo præerant, iidem iudices dicebantur: qui usus multo magis postea apud iuris nostri auctores invaluit. Ut prope nihil frequentius occurrat in libris nostris quam iudicis verbum in hac significatione, etiam tunc cum iudicis officio non fungitur: de quo alias. Nunc ex innumeris locis paucos indicabo. *L. 1. supr. de iud. L. cum proponas, C. de bon. auct. iud. poss. L. qui restituere, supr. de rei vindic. L. ult. §. pen. et ult. sup. quod metus cau.* Scilicet quia qui iurisdictioni præsunt, etsi non iudicant semper, præcipue tamen huic muneri præpositi sunt: ut iudicent: quod et ipsi facere intelliguntur, sive per se iudicent, sive per iudices a se datos: nec tunc solum cum iudicant, sed etiam cum quod ipsi iudicarunt, aut iudices ab his dati, ipsi ratum esse iubent reum cogendo et sententiam exsequendo. Sed præcipue in hac recusatione magistratus, qui reum cogit, iudex non male dici potest, quia sine caussæ cognitione et velut iudicio ad eam compulsionem non pervenitur. Nam et ante litem contestatam prætor, priusquam ob recusatum iusiurandum cogat reum solvere, cognoscere debet, iurisiurandi recusandi justa caussa sit, an nulla: ut non ante eum cogat iurare aut solvere, quam si recusandi caussa iusta nulla sit. Idem et maxime post litem contestatam facere iudex debet: cuius sententiam dum postea exsequetur magistratus, ipse quodammodo in sententia iudicis exsequenda, quam probat, iudicis personam induere videtur: ut utrobique videatur cogere is, qui idem et magistratus sit et iudex.

Quam ad rem † cogatur hoc edicto reus qui iurare non vult, iam ante dictum est, et ex vi relatorum, atque edicti sententia facile intelligitur. Ait prætor, *solvere cogam.* Non solvitur, nisi quod debetur, aut certe pro debito habetur, ut in hac caussa: nec solvitur nisi ei qui ut debitum petit, cuique petenti deberi in hac recusatione iurisiurandi existimatur. Hoc ipsum ergo est, ad quod reus cogitur ex edicto, ut quod tanquam ab eo debitum petitur, id solvat. Et quoniam edictum patet latius, debetque referri ad omnem reum ex sententia prætoris, ut diximus: fit ut ex mente prætoris omnis præstatio eius quod petitur quavis actione, contineri solutionis verbo, et ad huius rei præstationem reus
cogi intelligatur. † Cogendi ratio ea, quæ 7
præscribitur in *L. negantes, C. de obl. et act.* non ut vi armata terreatur, qui recusat iurare, sed ut remediis iuris urgeatur ad solutionem. Dictum quidem hoc est eo loco adversus eos, qui convicti sunt. Sed vel ob hanc ipsam caussam maxime ad eos qui sine iusta caussa iurare nolunt, pertinet. Sunt enim et hi pro iudicatis: quippe quos effectum est haberi pro confessis. *d. L. manifestæ, hic.* Confessi autem in iure pro iudicatis habentur. Remedia porro iuris ad cogendos iudicatos et confessos quæ sint, notum est. Ea sunt, ut iubente magistratu pignora capiantur, ac distrahantur, unde actori satisfiat. *L. 1. L. 2. L. ult. de exs. rei jud.* Eadem ergo et hic exsequutio, ac cogendi ratio intelligenda est. Cum autem hujus exequutionis potestas tota sit prætoris, eiusve, qui iurisdictionem habeat etiam post rem iudicatam: merito omnem hanc rei ad solvendum cogendi potestatem
solius prætoris esse antea diximus. † Su- 8
perest, videamus de tempore cogendi. In quo diligenti cautione est opus. Sic enim edictum scriptum est, quasi is qui iurare non vult, statim solvere cogendus sit: cum ei, a quo iusiurandum petitur, conditio deferatur, ut aut iuret vel iusjurandum referat, aut solvat; ei autem qui priora duo non facit, nihil relinquatur, nisi ut solvere cogatur. Sed hoc non sit accipiendum est; quin potius sic habendum: 4 sive ante litem contestatam quis recuset iurare apud magi-

4) Ita DD. vulgo, ut recusans habeatur pro confesso, d. L. 38. requiri sententiam judicis declaratoriam, Lancel-

gistratum, sive lite contestata apud iudicem: semper qui recusat, prius esse damnandum, iubendumque ut solvat, et damnato tempus iudicati dandum ad solvendum. Semper enim meminisse debemus, quodcunque hoc edicto statuatur remedium adversus eum, qui recusat iusiurandum: summum tamen hoc esse, ut habeatur pro confitente et convicto, unde et ex edicto solvere cogatur. *L. manifestæ*, *hic*. Quo fit, ut non aliud adversus eum ob recusationem iurisiurandi servari debeat, quam adversus confessum et convictum ob manifestam confessionem. Confessus autem in iure, sive ante, sive post litis contestationem confessus erit, damnandus est. L. 3. *qui Stichum*, *infr. de conf.* Damnandus igitur prius et is, qui iusiurandum recusavit. Atque in eo res ita transigetur. Ante litem contestatam, quo tempore res apud prætorem seu magistratum nullo adhuc iudicio constituto agitur, si reus iurare nolit, damnandus est a prætore, seu iubendus, ut solvat, et dies dandus ad solvendum, qui post condemnationem reis indulgetur. Sic enim fieri debere traditum est, si debitor in ius vocatus nondum lite contestata apud prætorem fateatur se debere, paratumque se dicat solvere. *L. si debitori*, *supr. de iud.* tametsi alibi simpliciter ita cautum est, confessos in iure pro iudicatis haberi. Lite autem contestata si recusetur iusiurandum apud iudicem, sententia a iudice adversus recusantem ferenda est, qua is damnetur, idque ordo iudiciorum et officium iudicis exigit. Est enim officium iudicis post iudicium acceptum, ut quibus de rebus iudex factus est, de his re cognita iudicet. *L. de qua re*, *C. de iud. L. ædiles*, *§. item sciendum*, *infr. de æd. ed.* idque in eo est, ut ante dixi, ut reum absolvat, aut condemnet. *L.* 1. *infr. de re iud.* Et quoniam recusantem reum in hac caussa absolvere non potest, quippe qui cogendus sit solvere: restat, ut eum sententia sua condemnet. Servaretur hoc adversus convictum reum. *d. L. negantes*, *C. de obl. et act.* servaretur, ut dixi, et adversus confessum. *d.* L. *qui Stichum*, *infr. de conf.* Servandum igitur et adversus eum, qui iurare nolens pro convicto et confitente habetur.

Nisi prius hæc observata sint, et nisi damnatio ista antecedit, reus qui recusat iurare, ad solvendum cogi non debet: duabus de caussis. Primum, quod is ita pro convicto et confesso est, ut tamen deteriore conditione esse non debeat, quam si aperte convictus aut aperte confessus esset. Deinde quod aliud in hac re sine iniuria rei statui non potest. Quid enim, si [5] iustam caussam habeat iurisiurandi recusandi, et prætor aut iudex iniuria eam non admittat: nonne æquum est ei potestatem fieri appellandi, ut de ea recusatio apud alium iudicem disceptetur, eique ius suum integrum servetur? † Et vero appellandi 9
potestas nominatim ei facta est lege Justiniani. *L. generaliter*, *§. sed iuramento. vers. ipse autem*, *C. eod.* Non potest autem appellatio interponi, nisi præcedat damnatio, aut sententia, a qua appelletur. Proinde et hanc in hac caussa præcedere oportet. Sed huiusmodi sententia et damnatione admissa, a qua appellare liceat, ubi est ea necessitas solvendi quæ edicto constituitur, cum appellatione sententia et simul necessitas solvendi velut rescindatur? *L.* 1. *§. ult. infr. ad Turp.* Et de vi sententiæ superioris, tum appellationis istius comprehensum est in *d. L. generaliter*, *§. sed iuramento*, *vers. sin autem*, *et deinceps*, *C. eod.* atque ita cautum, ut declaretur, nihil utramque rem de necessitate solvendi, quam prætor constituit, imminuere, et nihilominus appellatio ad prohibendam iniuriam recte statuatur. Primum, quod necessitati solvendi edicto introductæ conveniens est, vult Justinianus iudicem si existimet iusiurandum non debere recusari, sic caussam dirimere, quasi volente eo sacramentum esset recusatum (sic enim loquitur) idest, quasi ipse prius voluisset et detulisset adversario iusiurandum, quod ab eo relatum nunc recusaret. Quo significatur, si is qui recusat, reus sit, debere cum condemnari ut solvat. Sic enim fieret, si referente actore reus iurare nollet. *L. iusiurandum et ad pecunias*, *§. ult. hic.* Deinde adversus hanc sententiam Justinianus appellationem concedit, non tamen adversus edictum, sed maxime ex edicto, quia edictum non cogit iurare aut solvere eum, qui iusta de caussa recuset iusiurandum: et fieri potest, ut hic qui recusat, iustam ali-

lot. Conrad. *de Offic. Præt. in causs. civil. V. Juramentum n.* 7. Stiat. *Observ. Pract. C.* 20. *n.* 44. Et faciunt quæ in simili, Gail. 1. *Obs.* 86. *n.* 1. Ant. del Re *de Juram. cal. Cap.* 14. *n.* 24. *et seqq.* Diss. Caroc. *Q. principali* 45. Qui in herede quidem jurantis requiri sententiam statuit, argum. *L. ejus qui* 29. *pr. de jur. fisc.* in ipso vero jurante non item, tum ob verbum *est* præsentis temporis, *d. L.* 38. tum ob ejusdem verba geminata *manifestæ turpitudinis et confessionis.*

5) Quod declarantem vide Borch. *h. t. C. ult. n.* 17. *et seqq.* ex quo quædam transcripsit Setser. *Lib.* 4. *Cap.* 9. *n.* 11. *et seqq.* Confer. Myns. 1. *Observ.* 39. *et* 2. *Observ.* 14.

aliquam eiusmodi caussam habeat. Hoc ergo ille secutus, hactenus concedit appellare, ut in caussa appellationis non hoc quæratur, an reus debeat, qui pro debitore habetur, si iurare non recte recusat; sed an recusandi caussam habeat, an non habeat: ut si comperiatur habuisse, sententia ob hanc caussam infirmetur, et perinde habeatur, quasi iusiurandum ei delatum non esset; si non habuisse: confirmetur prior sententia, ac iuxta edictum reus solvere necesse habeat. Sic et alias ei, qui dum abesset per contumaciam, condemnatus est, permittitur appellare; non tamen ut rescindatur sententia, quam adversus contumaciam latam esse constabit; sed ut hoc quæratur, an absens contumax fuerit, necne, dum se negabit per contumaciam abfuisse. *L. et post*, §. *ult. L. si prætor*, *supr. de iud.* Atque hæc ita ille fieri vult in hac caussa, ut nolit interea reliquæ caussæ cursum et cognitionem inhiberi. Idemque apertius cavet in §. *his de præsentibus*, *ea. L.* Cum autem supra scriptæ caussæ recusandi iurisiurandi solum propositæ sint ei, cui iusiurandum defertur, non ei qui defert, et ob eas tantum caussas liceat a superiore sententia appellare: merito Iustinianus ibidem eam appellationem ei, qui ob recusationem iurisiurandi damnatus est, concedit; ei autem qui detulit, denegat: quanquam et huic denegandi in universum optima hæc ratio est, quam et illic adiicit, quod indignum sit quemquam appellatione infirmare velle, quod ipse, ut fieret, procuravit.

10 † Hactenus de reo iusiurandum recusante cautum est edicto. De actore nihil scriptum legimus neque in *L. iusiurandum et ad*, §. *ait*, ubi tamen refertur edictum ad hanc necessitatem pertinens, neque in L. *delata*, *C. eod.* ubi de eadem necessitate constituitur ex hoc edicto. An quod nulla hunc cogendi ratio est, nulla adversus eum pœna, si delatum a reo iusiurandum sine caussa recusabit? Sed absurdum esset actori consuli adversus recusantem reum: reo autem adversus actorem recusantem auxilium deesse: cum proniores esse debeamus ad liberandum. *L. Arrianus*, *infr. de obl. et act.* Qui fit ergo, ut de eo nihil caveatur? Et fieri potest ut edicto cautum sit, neque exstet fragmentum. Sed ut maxime nihil nominatim de eo cautum sit, ideo factum existimare debemus, quia pœna superiore adversus reum constituta, non fuit necesse: quippe cum ex ea simul de actore facile ac prope sine ullo monitore intelligeretur. Sic enim recte statim colligitur: adversus reum, qui sine caussa recusat iurare, ultro actio est hoc edicto, per quam solvere cogitur: quanto magis adversus actorem, qui iurare nolet, parata esse debet deferenti reo defensio? *d. L. Arrianus*, *L. favorabiliores*, *infr. de reg. iur.* Sed et ratione edicti intellecta, non potuit quid prætor de actore sentiret, esse obscurum. Habet enim edictum, ut dixi, hanc rationem, quod, ut Paulus definit, *manifestæ turpitudinis est et confessionis nolle nec iurare, nec iusiurandum referre.* Hæc ratio generalis est, nec magis ad reum quam ad actorem pertinet: nam et actor delato sibi iureiurando potest velle non iurare, nec referre iusiurandum. Fingamus ergo id eum facere. Habebit hæc recusatio ex superiore definitione eandem turpitudinem et confessionem: nempe hanc, ut quemadmodum reus, dum sine caussa iurare non vult, hoc ipso fatetur se debere, ac dum pergit verbis id negare, deinceps mentiri intelligitur, idque eo turpius, quia adversus confessionem suam: sic et actor dum iurare non vult, hoc ipso fateri intelligatur se falso intendere sibi deberi, et quia pergit nihilominus ita petere, ideo existimetur et mentiri, et mentiri eo turpius, quia confessione sua, quæ iam ante præsumpta est, refellatur. Quæ ergo adversus hunc pœna est? neque enim adversus eum eadem esse potest, quæ adversus reum ut solvere cogatur: nam quid solvat is, non solum quem constat nihil debere, sed etiam a quo ne petitur quidem; cum sit is qui petat? Pœna erit, quam eadem illa definitio superior ostendit: facit enim definitio, ut et actor, qui iurare non vult pro confesso et convicto habeatur: idest, pro eo, cui sua ipsius confessione nihil debeatur, et cuius non sit, quod petit, etsi utrumque falso intendit. Hinc quæ sit pœna, quæ propriæ in eum conveniat, intelligitur. Scimus enim quid iuris sit adversus actorem de intentione sua non probantem: quod multo magis servatur adversus eum, qui a reo convincitur, nullum ius petendi habere. Nempe tum reus absolvitur. *L. qui accusare*, *C. de ed. L. negantes*, *C. de obl. et act.* Consequens igitur, ut idem statuatur et adversus eum actorem, qui deferente reo nolet iurare, nec referre iusiurandum, quando et hunc pro convicto habemus, sitque adversus eum hæc pœna, ut reus ab illius petitione absolvatur. Id autem fiet hoc modo varie, prout res ante aut post litem contestatam agetur. Ante litem contestatam si recusat actor iurare apud prætorem, faciet hic prætor, quod est

prætoris: denegabit ei actionem. *L. iusiurandum et ad*, §. *datur hic*, remedium magistratus ad coercendos actores non in hac tantum caussa, sed etiam in aliis proditum *L. mutus*, §. *pœna*, *supr. de proc. L. sed etsi*, §. *ait prætor*, *supr. ex quib. cau. ma.* Lite autem contestata, si reus idem faciat, quia facit apud iudicem: sequetur sententia iudicis, qua reus absolvatur. *d. L. iusiurandum*, *et ad.* Sic enim est officium iudicis, ut sententiam dicat, qua reum absolvat, aut damnet. *L. 1. infr.*
11 *de re iud.* † Sed actore iusiurandum recusante, sive ei magistratus denegabit actionem agere volenti, sive iudicio iam cœpto iudex reum sententia absolvet: utrumque ita ratum est, ut et actori ab utraque sententia appellare liceat, dum in caussa appellationis hoc solum quæratur, an ille iuste recusaverit iurare, necne; non autem an ipsi debeatur, an non debeatur: ut et in reo servandum esse diximus. *L. generaliter*, §. *sed iuramento*, *vers. sin autem*, *C. eod.* Illud notandum est, ut ei qui ideo victus est, quia iurare noluit, non alia concedatur appellatio, quam quæ exposita est: nihil interesse, utrum delatum a litigatore iusiurandum recusaverit, an a iudice solo delatum in dubiis caussis. Etsi enim alias qui ob hoc posterius ab adversario præstitum victus est, ei licet caussam retractare et appellando, et sine appellatione, novis instrumentis post repertis: *L. admonendi*, *hic*: non tamen idem concesseris ei, qui ob id victus est, quia iusiurandum etsi a solo iudice delatum recusavit. Illi enim nihil potest imputari, quod sit victus: cum eo invito iusiurandum delatum sit, ac præstitum, et inde sententia lata adversus invitum. Huic qui iudice deferente iurare recusavit, eoque victus est, semper duo obiici possunt, quominus ad appellandum admittatur, culpa et confessio. Quod recusat iurare, cum potest, et nulla est causa recusandi, culpa eius est. Ipse vero per se recusatio etiam confessionem habet, ut diximus. *d. L. manifestæ*, *hic.*

Sed et reum cogere, ut solvat, et actori denegare actionem, aut a petitione ejus reum absolvere, quas pœnas eorum qui iusiurandum recusent, huc usque esse diximus: pœnæ sunt, ut apparet, de eo quod petitur, constitutæ, idest, de re principa-
li. Quid † fiet de sumptibus, si quos for- 12
te pars adversa, quæ iusiurandum detulit, dum ad iurandum adversarium provocat, fecerit? Finge actorem deferre absenti reo, et dum evocatur absens ad iurandum, sumptus in iter factos, evocatum autem cum venire deberet, non venire. Finge esse eum, qui venire non cogatur: ideo missum esse longius ad absentem; actorem etiam esse profectum una, vel procuratorem ejus, ut his quæ de iureiurando agerentur, interesset pro ea potestate, quæ illi data est in *L. generaliter*, §. *his de præsentibus. C. eod.* Non fiunt hæc interdum sine magnis sumptibus. Quid ergo, si absens cum ad eum ventum est, nec iurat, nec refert iusiurandum? quis salaria apparitoribus, aut ministri iudicis præstita, quis viatica et sumptus in id iter prærogatos præstabit? Idemque licet quærere, si reus præsens actorem absentem, qui per procuratorem litiget, ad iurandum vocet, et eadem, quæ dixi, in hac evocatione fecerit, sic deinde actor non iuret. Et cum verbis edicti de re principali tantum cautum sit, nihil de his sumptibus; existimari potest superior pœna de re principali sufficere. Quod non ita est: semper enim illud tenendum est, sententiam hanc esse edicti, ut qui iurare non vult, ubi ius exigit, is pro confesso et convicto haberi debeat. *d. L. manifestæ*, *hic.* Hæc sententia ut non ad reum solum, sed ad actorem: sic non ad rem principalem tantum, sed etiam ad sumptus litis pertinet, facitque, ut et horum ratio habenda sit adversus recusantem: haberetur enim adversus eum, qui vere convictus esset. Idque et in hac caussa faciendum esse nominatim cavetur in *L. generaliter*, §. *his de præsentibus*, *vers. licentia*, *C. eod.* Denique ut nihil aliud cautum esset: tamen quid hic sequi debeamus, satis nos admonet constitutio iuris de hoc genere, qua placet 6 victum victori in expensas quoque esse condemnandum. *L. properandum*, §. *sin autem*, *C. de iud.* Effectum est enim, sive reus recuset iurare, sive actor, semper recusantem vinci sententia iudicis, ut adversus quem sententia feratur. Quare et hic ex superiore constitutione in expensas litis condemnandus est: eaque iam non unius ex litigatoribus pœna est propria, sed utriusque communis. Etsi ergo is, qui ius-

6) Diss. A. Fab. 19. *Err. Prag.* 6. Quia temerarius litigator haberi nequit jurejurando adversarii victus, cum non satis liqueat, an ex defectu justitiæ caussæ, an pejeratione ejus, cui detulit, succubuerit. Et debet victori sufficere, quod ea delatione gravi probandi onere relevatus sit. Hoc tamen declarat, nisi qui juravit, alias etiam vincendi caussas habuerit. Ne alias quivis improbus litigator hoc remedium habeat effugiendi expensarum præstationem, viaque fraudibus aperiatur. Et ita apud suos judicatum perhibet Faber. Ex quo ad verbum per paginas duas integras omnia transcripsit Setser. *Lib. 4. de Juram. Cap. 9.*

iusiurandum, petit cuius postulatu itur, mittiturque ad absentem, sumptus ad eam rem necessarios facere et prærogare debet rebus integris, ut diximus: tamen si absens evocatus aut non veniet, ubi eum oportebat, aut domi nec iurabit, nec iusiurandum referet, si quidem erit reus: non solum damnandus erit, ut pecuniam solvat, quæ principaliter petitur, sed debebit et in hos sumptus condemnari, etiamsi ante litem contestatam apud magistratum caussa iurisiurandi agetur. Sin actor; præterquam quod ei denegabitur actio de re principali, etiam hæc pœna accedet, ut in has expensas damnetur: multoque magis id tum servabitur, cum lite contestata res agetur apud iudicem, in quo iudicio vere sequitur sententia adversus non iurantem, eaque sententia recusans vere vincitur. Qua ratione idem probandum est adversus absentem, si is referat iusiurandum, et pars, quæ detulerat, iuret præsente iudice: nam et tunc adversus absentem pronunciatur, eoque et pariter vincitur. Quod si absens ad jurandum vocatus ita iurabit, ut eum iurare oportebat: idest, si iurabit aut domi, cum venire non cogeretur, aut cum cogeretur, veniet et in iure iurabit: convertetur ratio adversus deferentem ex supra scripta constitutione, et quos sumptus ad iusiurandum exprimendum fecerit, ipse solus agnoscet, et si quos fecerit adversarius, dum vocatus coactus est venire, illi quoque in hos damnabitur, qui detulit: quia et hic vincitur, sententia pro eo lata, qui iuravit. Ita unus est tantum, qui in has expensas condemnetur, nempe qui vincitur; non is secundum quem pronunciatur. Quid est igitur, quod in *d. L. generaliter*, §. *his de præsentibus*, *vers. licentia*, *C. eod.* ita scribitur: *de expensis in his caussis*, quas diximus, *præstandis officio iudicis trutinandam esse*, *an ab utraque parte*, *an ab altera oporteat eas dependi*? Dictum hoc est, non quia si una tantum pars vincitur ob recusatum, aut ab adversario præstitum iusiurandum, possit unquam aut debeat utraque pars, idest, etiam ea, quæ vincit in expensas condemnari; sed quia potest in una et eadem lite accidere, ut utraque pars ob istas caussas vincatur: ut si de diversis capitulis litigatores invicem iusiurandum deferant, et unus in quo capite iusiurandum ei defertur, aut nolit iurare, nec iusiurandum referre, aut iusiurandum ita deferat, ut eo referente adversarius iuret: alteri vicissim in eo, in quo illi iusiurandum delatum est, istorum alterutrum contingat. Idem est, si unus solus de diversis capitulis iusiurandum deferat adversario, et is de uno iuret, de altero aut non iuret omnino, aut eo referente iuret is, qui detulerat. Sic enim eveniet, ut in priore capite sententia adversus deferentem debeat ferri in posteriore pro eo: idest, ut in priore is qui detulerat; in posteriore adversarius vinci debeat. Iubet ergo lex a iudice expendi, utrum ob recusatum, aut ab adversario præstitum iusiurandum una pars debeat vinci, an utraque; in diversis capitulis tamen utraque: ut si una tantum vincitur, sola ea damnetur in expensas; sin utraque: etiam utraque in expensas damnetur; singulæ tamen in eas expensas, quæ in id capitulum factæ sunt, in quo unaquæque vincitur. In quo an expensarum contributio invicem fieri debeat, etiam iudex æstimabit. Atque hoc est, quod vult constitutio de his expensis officio iudicis perpendi.



C A P. XVI.

De apppellationibus voluntarii jurisjurandi, necessarii, judicialis, quid his significetur.

S U M M A R I A.

1. *Voluntarium*, *quid.*
2. *Necessarium*, *quid.*
3. *Judiciale*, *quid.*
4. *Quædam sententiæ de hòrum definitionibus notantur*, *et num.* 5.

HIS cum de vi iurisiurandi, tum de necessitate delati suscipiendi cognitis, iam potest intelligi, quod sit, quod dicitur iusiurandum voluntarium, quod necessarium, quod iudiciale: quæ genera leguntur isto ordine in *inscriptione huius* tituli, D. Quorum explicationem ideo in hunc locum reiicimus, quia de his non ante certo cognosci potuerit, quam necessitas deferendi suscipiendive iurisiurandi, aut libertas quænam esset, intelligeretur: Ex ea enim distinctione iuris, quæ in hoc genere prodita est, hæ appellationes, ut ante dixi, natæ sunt. Nunc re cognita, nihil negotii est, quæ vis his verbis subiecta sit, et quam recte sint illa imposita, videre. Mihi vero iis positis, quæ supra diximus, nihil occurrit in his generibus, cur non maxime retinendum sit, quod de horum definitione [1] interpretes vulgo tradiderunt, cum ad inscriptionem huius tituli D. tum ad *L.* 1. *C. eod.* ad §. *item si quis postulante*, *Inst. de act.* et alibi. Ac de duobus dubitari non potest, voluntario et necessario.
1 † Voluntarium ita [2] definiunt, quod defertur a parte parti extra iudicium. Et recte dicitur hoc voluntarium, quod est eiusmodi, ut totum ex voluntate litigatorum pendeat. Nam extra iudicium et deferenti liberum est a principio non deferre; et ei cui defertur, liberum non suscipere: ut qui si cogitur, cogatur per iudicem, ut est in *L. delata*, *C. eod.* Proinde in iudicio,
2 vel iudicio constituto. † Necessarium [3] esse volunt, quod a iudice in dubiis caussis defertur. Rectissime id quoque. Totum enim hoc a necessitate proficiscitur: cum et qui defert iudex, non deferat, nisi necessitate et inopia probationum cogente: L. 3. *C. eod.* et cui defertur, subire necesse habeat, quia referre non licet. Sed et hoc solum est necessarium: ut non possit dubitari, quin recta sit definitio, quæ definito conveniens alii generi accommodari non potest. Quod enim a parte parti defertur, quamvis in iudicio et auctore iudice: nunquam tamen necesse est id deferre, et delatum potest recusari. Sed de iudiciali
dubitari potest. † Iudiciale enim id esse di- 3
cunt, quod defertur a parte parti in iudicio, iudice delationem confirmante. Quæ
4 definitio bis vitiosa esse videtur: et quod plus complectitur, quam definitum, et quod mancam efficit propositam divisionem: ut neque definito conveniat, neque institutæ divisioni. Plus complectitur, quam definitum: quia necessarium illud, quod diximus, non solum et ipsum iudiciale est, sed et ex omnibus maxime iudiciale: utpote quod locum non habeat, nisi in iudicio, et iudicio vere iam constituto, nec deferatur nisi a iudice, et eo quem proprie ita appellamus. Id vero vel ob id ipsum constat a parte parti non deferri. Efficit eadem definitio, ut non sit plena divisio superior iurisiurandi: quia ea definitione recepta, non reperietur, ad quod ex his tribus generibus referri oporteat id iusiurandum

[1]) Ubi Sneidvin. *n.* 8. *et seqq.* Zas. *ad Rub. D. h. t. n.* 7. *et seqq.* Coras. *in L. admonendi* 31. *D. h. t. P.* 1. *n.* 41. *et seqq.* Borch. *h. Tr. C.* 2. Damhuder. *Praxi. Civ. C.* 179. Beust. *ad Rubr. D. h. t. n.* 51. *et seqq.* Gilken *ibid. n.* 14 Wes. *in Par. D. h. t. n.* 7. *et* 8.

[2]) Quod ex mera voluntate partium proficiscitur, et ab initio suscipi vel non suscipi potest, Beust. *ad Rubr. D. h. t. n.* 53. Borch. *d. C.* 2. *n.* 6.

[3]) Ita fere Sich. *in Rub. C. h. t. n.* 10. *et* 2. *seqq.* Marc. de Mantua. *Sing.* 353. Maranta *Speculi Parte* 6. *Actu* 9. *de Juram. n.* 2. Quod dicatur sic: (1) Respectu caussæ, quæ aliter expediri nequit ob probationum inopiam. (2) Personæ, quæ subire cogitur. (3) Judicis, qui quando non defert, vel sine caussa defert, litem facit suam, Beust. *ad Rubr. h. tit. n.* 82. *et* 2. *seqq. et ad L. admonendi* 31. *n.* 159. *et* 2. *seqq.* Jac. Ebert: *Tract. Ethic. de Juram. tit. de specieb. Juram. pag.* 26.

[4]) Ita fero arguit Cujac. qui dissentit *in Pàr. h.* t. *et ad L.* 1. *C. h. tit. et* 4. *Feud.* 36. *ac* Vult. *Discept. Schol. C.* 7. *pag.* 70. et seq. *Anne*, *ait* Cujac. *solus locus judiciale faciet jusjurandum, quod a parte in judicio; locus autem simul et persona judicis non facient.*

dum, quod defertur et præstatur apud prætorem lite nondum contestata: siquidem prætor qui cogit præstare, non est iudex, nec defertur id iusiurandum in iudicio, cum iudicium incipiat ex litis contestatione. Unde lis contestata et iudicium acceptum pro eodem *L. cum fundus*, *supr. si cer. pet.* L. *illud*, *infr. de hered. pet.* Ita erit hoc genus in superiore divisione prætermissum. Sed hæc movere nos non debent, quominus iudiciale in divisione superiore id esse intelligamus, quod diximus. Ex his enim quæ docuimus, constat, cum de libertate aut necessitate iurisiurandi quæritur, ita ius esse: ut sit quoddam plane voluntarium iusiurandum; quoddam necessarium; quoddam neque omni ex parte necessarium, neque rursum omni ex parte voluntarium, sed interiectum genus, et velut mixtum ex utroque. [5] Id autem est, quod a parte parti iudicio defertur. Hac parte voluntarium est, quod licet non deferre, et delatum licet non suscipere, quoniam id referre permittitur. Rursum hac parte est necessarium, quod si is cui defertur, id referre nolit, necesse habet iurare: ut merito hoc genus a voluntario et necessario distinguatur. Id si locum non habet, nisi in iudicio, et non nisi auctore iudice defertur ac valet: negari non potest quin recte iudiciale appelletur. At enim non est solum iudiciale. Non est re vera, si per se iudiciale spectetur, quæraturque in universum, quid sit iudiciale. Sed in hac divisione solum est, quod ita vocetur. Cum enim ex tribus generibus prius positum sit iusiurandum necessarium, huic autem deinde subiiciatur tertium iudiciale: non potest hoc iudiciale aliter accipi, quam ut intelligatur iudiciale non necessarium, seu quod ita iudiciale est, ut non sit necessarium: siquidem et necessarium iudiciale est. Porro definitur hic iudiciale non quodcunque tale est, sed solum quod in hac divisione ita dicitur. Neque vero novum est, [6] ut quod per se generis est nomen, id in divisione positum, speciei nomen obtineat: quod tum præcipue intelligitur, cum alii speciei, quæ sub eodem genere est, opponitur, ut hoc loco. Sic adoptionis verbum idem et generis nomen est, et speciei in eadem divisione, cum adoptio genus dividitur in arrogationem, et adoptionem: ubi posteriore verbo necesse est intelligi adoptionem; quæ specialiter ita dicitur, nempe eam, quæ non est arrogatio. *L. 1. supr. de adop.* Idemque fit in actionis et cognationis verbo, aliisque innumeris similibus. *L. iurisconsultus*, §. *1. infr. de grad. et aff. L. pecuniæ*, §. *actionis*, *infr. de verb. sig.* Denique sic recte dixerimus, omninoque superior divisio ita accipienda est, quasi dictum esset duplex esse iusiurandum: extraiudiciale, et iudiciale. Extraiudiciale totum esse voluntarium. Iudiciale non item: neque id tamen esse unius generis, sed partim esse necessarium; partim id quod specialiter dicitur iudiciale, idest, ita iudiciale, ut non sit necessarium, eiusmodi tamen, quod necessitatis partem aliquam habeat, non ut illud extraiudiciale nullam. Quæ deinde genera si inter se coniungantur, efficiuntur illa tria, quæ proponuntur in *inscriptione*, voluntarium, necessarium, iudiciale. Adde his superiores definitiones: tum definitiones rei propositæ explicandæ, et verbis ipsis convenientissimas esse dixeris. Nec cum isto modo iusiurandum iudiciale definierimus, ideo quidquam deerit in divisione iurisiurandi ad necessitatem eius exponendam. Nam et quod prætore cogente seu imminente præstatur ante litem contestatam, iudiciale non male dicatur: siquidem et prætor dicitur iudex, ut proximo capite ostendimus, et maxime ita dici cœpit omnis qui ius dicit, posteriorum Imperatorum temporibus, ut Constantini: quomodo usurpari constat in optima eius lege *L. lex quæ*, *C. de admi. tut.* præsertim autem Iustiniani, et compositorum iuris, a quibus verisimile est has appellationes esse inductas differentiarum iurisiurandi magis notandarum caussa, cum hæc verba apud iuris auctores sub his titulis nusquam occurrant. Compositores autem more suis temporibus recepto locutos esse credi par est. Quod autem hic defertur iusiurandum ante litem de re contestatam, non proprie fortasse dicatur deferri in iudicio, cum iudicium adhuc constitutum non sit: defertur tamen iudicio instituto, quia actio instituta erat apud prætorem. Sed et prætor de caussis recusandi iurisiurandi cognoscit: atque hactenus in hac re iudex est. Et quod iubet, ut iuretur, quia caussa cognita facit, ac nisi iuretur damnat; recte in eo sententia dicatur, et iudicium.

Ten-

5) Ita Donel. *ad Rubr. C. h. t. n.* 8. Genus mixtum. Si deferentem spectamus, voluntarium; Sin eum cui defertur, ex parte necessarium. Et minima in hoc pars necessitatis est in eo, quod cui defertur, referre saltem cogitur, *ibid. n.* 13. Et ita Duar. *in Poster. Com. h. t. C.* 2. quadantenus voluntarium, quadantenus necessarium.

6) Recte. Quomodo non obstat, quod et judiciale ex voluntate partis deferatur. Nam cum præter illam aliquid accedat, merito potius judiciale vocatur, sicuti contractus, in simili, qui præter consensum aliud exigunt.

Tentari potest ad hæc vitanda, nnm re-
4 cte † dicturi simus, [7] duo tantum in hac divisione genera proponi, quæ suis nominibus recte designentur, et re inter se contraria, bene et ex legibus rectæ divisionis inter se opponantur: voluntarium nimirum et necessarium; quod autem in divisione adiicitur iudiciale, non tertium id genus esse, sed unum et idem cum priore, tantumque additum hoc verbum, quo explicetur, quod sit illud necessarium, quod prius nominatum erat: id enim solum necessarium est, quod iudiciale: et omne iudiciale est necessarium aut absolute, aut aliquotenus. Itaque illa verba inscriptionis, *sive iudiciali*, ἐπεξηγητικῶς accipienda, ut sit sensus inscriptionis, quasi ita scriptum esset, *De iureiurando*, *sive voluntario*, *sive necessario*, *sive*, quod idem valet, *judiciali*, habet enim particula, *sive*, hunc usum sæpe apud auctores: ut in illis inscriptionibus Ciceronis, Cato *seu* de senectute: et, Lælius, *seu* de Amicitia. Sed admitti hic usus potest alibi: et quidem posset hoc loco, si ita scriptum esset: *De iureiurando voluntario*, *et necessario*, *sive iudiciali.* Ut autem inscriptio concepta est, non potest huic loco interpretatio convenire. Tribus enim membris inter se distinctis, repetitur hæc particula, *sive*, in singulis hoc modo: *De iureiurando sive voluntario*, *sive necessario*, *sive iudiciali.* Cum repetatur in omnibus uno modo, nec quidquam adiiciatur, quo significetur eam in uno aliud notare, quam in alio: est aperte contra sententiam scriptoris in tertio eam aliter accipi, quam in duobus prioribus. At in illis constat disiunctivam esse distinctionis, non enarrationis caussa positam. Neque enim aut voluntarium idem significat, quod necessarium: aut necessarium idem est, quod voluntarium. Erit igitur et disiunctiva in tertio, non ea quæ membrum prius interpretetur. Et omnino hic sensus est: agitur hic de iureiurando, sive id erit voluntarium, sive necessarium, sive erit iudiciale: utque hæc verba, *sive necessario*, non sic interpretamur: sive, quod idem est, necessario: sic nec illa, *sive iudiciali*, sic interpretari possumus: sive, quod idem est, iudiciali. Sed et ex hac interpretatione divisio vitiosa inducitur. Nam si iusiurandum tantum duplex est, volontarium et necessarium: omissum est id, quod a parte parti in iudicio defertur. Aut si iudicialis verbo id complecti volumus, et iudiciale idem est necessarium: eveniet, ut hoc quod defertur a parte parti in iudicio, vocemus necessarium, quod non est, et ad unum genus ex illis duobus id potius referamus: cum tamen non magis sit necessarium, quam voluntarium; nec magis voluntarium, quam necessarium.

Sunt, † qui [8] genera ista tria ita di- 5
stinguant, ut dicant id esse voluntarium, quod ex consensu litigatorum defertur, de quo in *L.* 1. *C. eod.* Necessarium, quod defertur ab uno ex litigatoribus alteri invito, quia id necesse sit suscipere, aut referre. *L. manifestæ*, *hic.* Iudiciale id, quod defertur a iudice. Quarum definitionum nulla probanda est; quædam etiam valde reprehendendæ. Voluntarium est, inquiunt, quod defertur ex consensu. Aut hæc definitio communis est cum iudiciali et necessario iureiurando; aut plane solius iurisiurandi necessarii, non etiam voluntarii. Nam si intelligimus deferri ex consensu, cum volens volenti et ultro suscipienti defert: etiam id quod iure necesse est suscipere, erit interdum voluntarium: quale est, quod in iudicio vel a iudice, vel auctoritate iudicis defertur: fieri enim potest, ut qui id defert, deferat volens, et simul cui defertur, volens ac libens suscipiat, ideoque deferatur præsteturque ex consensu. Neque tamen id voluntarium dixeris, quod iure necessario imponitur. Non igitur hæc definitio soli voluntario convenit, nec voluntarium iusiurandum metiendum est ex hoc consensu. Et res sic habet: voluntarium aut necessarium iusiurandum ius facit, non solius deferentis et suscipientis consensus. Quod defertur in iudicio, potest suscipi a volente: sed non eo minus suscipitur necessario, nisi referatur, quia ius suscipi iubet. Sed et quod defertur extra iudicium, etsi defertur præstaturque consensu litigatorum: non tamen ideo voluntarium, quia præstitum est ex consen-

7) Ita Forcat. *Dial. Necyom.* 54. *n.* 1.

8) Cujac. et Vult. *ut supr. N.* 4 Necessarium vocant, quod refertur, quia hoc recusari nequit. Et hoc facit Vultejus speciem conventionalis: Id vero dicit, quo ex pactione litigantium deciditur controversia; juxta *L.* 1. *h. t.* et *in ead. L.* 1. Id quod ex auctoritate judicis accipit, id quod caussa cognita per judicem alteri, invito plerunque altero, defertur. Et ita quod Don. et DD. vulgo Necessarium, id judiciale cum Græcis vocant Cujac. *et* Vult. ut *et* Theod. Marcil. *in L.* 12. *tab. C.* 72. Quod et refellit Borch. *h. Tr. C.* 25. *n.* 9. *et seqq.* Putantque isti ad extrajudiciale hunc Tit. non pertinere. Quod id litem non terminet. Lis enim est, ajunt, ut primum in jus ventum vel in judicium etc. Cujac. *ad L.* 1. *C h. t.* Et in *LL. h. tit.* nunquam mentio controversiæ, nisi cum aliqua adiectione, ex qua appareat, non quamvis intelligi, sed quæ in jure, aut judicio jam versetur, Vult. *d. Cap.* 7. *p.* 67. *col.* 2.

su; sed quia iure fit, ut voluntate præstetur, si quis præstet; contraria autem voluntate impune recusetur, ut ante ostendi. Quod si intelligimus deferri ex consensu, cum defertur uni ex conventione, idest, ei de quo convenit prius inter litigatores, ut iuraret: iam id iusiurandum necessarium est, quod definiunt, non voluntarium. Conventio enim necessarium facit, quod sine conventione iure voluntarium futurum erat; quando ex conventione delatum nec recusari potest, nec referri *L. iusiurandum quod ex conventione*, *hic*. Quid est autem, quod dicunt necessarium esse, quod a litigatore defertur alteri invito? Si extra iudicium, ut complectitur definitio: quid magis falsum: cum, ut dixi, ibi liberum sit non deferre, et ei cui defertur, liberum non suscipere? Imo, inquies, qui iurare non vult, is iurare, aut solvere, nisi referat, cogitur. *L. iusiurandum et ad*, §. *ait*, *hic*. Meminerimus, hoc fieri per iudicem, aut per prætorem, cum iudicio instituto ad eum in ius ventum est, et ibi eo auctore iusiurandum defertur. *L. delata*, *C. eod. d.* §. *ait*. Quo fit, ut ante nihil noceat recusasse, eoque nec ulla ante fuerit necessitas suscipiendi. Quod si defertur iusiurandum in iudicio: tamen ne sic quidem necessarium est, quod a litigatore litigatori defertur. Nam quomodo necessarium, quod nec defertur necessario, nec necessario suscipitur, cum possit ex edicto referri? *d. L. iusiurandum et ad*, §. *datur*, *hic*, *d. L. delata*, *C. eod.* Nihilo rectius faciunt, cum iudiciale definiunt, quod defertur a iudice, et distinguunt a necessario. Quod defertur a iudice, est id sine dubio iudiciale; sed non solum. Nam et illud iudiciale est, quod a parte parti in iudicio defertur, cui locus non est, nisi in iudicio: quod idem ut valeat, non nisi a præsentia et auctoritate iudicis accipit. Huic autem superior definitio convenire non potest. Illud non est ferendum, quod ipsum illud iudiciale, quod definiunt, idest, quod a iudice defertur, separant a necessario: quasi quod a parte parti invitæ defertur, necessarium sit (sic enim prius necessarium definierat) quod autem defertur a iudice, non sit necessarium: quod longe aliter fieri oportuit. Nam etsi in eo, quod defertur a parte parti, esset aliqua necessitas suscipiendi: tamen omnes concedent, in quo iureiurando maior necessitas sit, et quidem prope absoluta utrinque, id multo magis necessarium appellari debuisse. Id autem est illud, quod defertur a iudice, ut ante docui, et de quo inter omnes convenit. Quare aut id solum, aut certe præcipue debuit necessarium nominari. Nec recte defendetur, quamvis utrumque iudiciale sit: licere tamen nomen iudicialis specialiter attribui ei, quod a iudice defertur: quia prius diximus, cum utrumque iudiciale esset, tamen iudicialis nomen specialiter uni generi esse tributum. Conveniebat enim id quod defertur a iudice, a præcipua parte et propinqua caussa nomen accipere. Præcipuum autem et propinquum quod spectandum est in hoc iureiurando, est necessitas illa deferendi et suscipiendi, de qua hic quæritur. Unde et ex ea necessarium nominatum potius, quam verbo generis iudiciale ante diximus. Quæ cum ita sint, superiores istorum generum definitiones retinendæ videntur.

HUGO-



HUGONIS DONELLI
JURISCONSULTI
COMMENT.
AD TIT. DIG. DE IN LIT. JURANDO.
JUSJURANDUM IN LITEM QUID SIT: EJUS SPECIES, CAUSSÆ, ET EFFECTA.

SUMMARIA.

1. *Iusiurandum in litem quid a generibus superiore titulo expositis differat.*
2. In litem iurare, *quid: et cur ita dicatur*, et litis *verbum quid hic significet.*
3. *In litem iusiurandum quibus in caussis receptum sit, seu quæ eius species.*
4. *Species iurisiurandi in litem constituta* L. si quando, C. unde vi; *et eius æquitas exposita.*
5. *Iusiurandum in litem de æstimatione rei, quam rem prius deberi constet, est id, de quo sub hoc titulo* De in litem iurando *agitur.*
6. *Hoc iusiurandum duplex, ex affectu, et quanti res est: sed illud per excellentiam absolute* in litem *usitatius dici.*
7. *Iusiurandum in litem ex affectu quando admittatur, et quibus ex caussis, tum eius æquitas.*
8. *Iusiurandum in litem, quanti res est, quando recipiatur, et eius æquitas.*
9. *Iurisiurandi in litem vis, postquam de æstimatione iuratum est.*

EX iis duobus generibus iurisiurandi, quæ ad litis decisionem spectare diximus superiore Titulo. *Cap.* 2. hactenus de eo dictum est, in quo sola litis decisio quæritur, non ullum delictum adversarii vindicatur. Erat alterum, quod et ipsum ad litis decisionem pertinens, maxime tamen ob delictum interponitur, ac pœnæ caussa, idest, huius ipsius delicti coercendi caussa introductum est. Pœnæ caussa interponitur iusiurandum, cum actore nihil probante, tamen huius iuriiurando res committitur invito reo, non propter solam inopiam probationum, ut fit alios in dubiis caussis, de quo in L. 3. *C. de reb. cred. et iur. et L. admonendi, supr. de iur.* Sed quia maxime hoc meretur rei delictum, ut res ad-
1 versus eum ita transigatur. † Hoc iusiurandum, si quod huiusmodi receptum sit iure, a superiore multum distare manifestum est. Nam et voluntarium, et iudiciale, quæ diximus, non nisi postulante adversario delata valent, et pariter tam reo, quam actori deferri possunt: hoc autem de quo loquimur, a iudice solo defertur invito adversario, et defertur soli actori nec probanti. Sed et illud necessarium, seu id quod ad litem decidendam in dubiis caussis adhibetur, etsi a iudice solo defertur, et adversario invito: tamen solam litis decisionem propositam habet, adhibeturque ideo, quia de re dubia aliter facile explicari a iudice, et iudicari non potest; non etiam exigitur ob ullum delictum alterius partis. Unde non minus reo defertur, quam actori: imo frequentius deferri solet reo, ut suo loco docuimus. Hoc autem ex delicto rei proficiscitur: unde et rei coercendi caussa non defertur, nisi actori. Est vero hoc quoque genus receptum iure civili, estque id iusiurandum, quod appellatur in litem, de quo hoc titulo: ut recte atque ordine hic Titulus tanquam de altera specie eiusdem generis, superiori subiungatur.

Ac de re et iure postea: prius † de nomine, et quid sit hoc, *in litem*, videamus. 2
Neque enim huius verbi significatio satis expedita est. Hoc de usu iuris auctorum constat, *iurare in litem* in usu iuris esse, iurare in litis æstimationem, iureiurando litem æstimare, seu iurare, quanti litem æstimes. Ubi litem accipere debemus, rem de qua lis et controversia est. Utrumque pene expressit Ulpianus in *L.* 1. *hic. Crescere potest*, inquit, *condemnatio in iudicio per iusiurandum in litem*, et hoc ita explicat, *nec res*, inquit, *pluris fit per hoc, sed æstimatur ultra rei pretium.* Quam prius

prius *litem* dixerat, nunc *rem* nominat: et per hoc iusiurandum in litem, aperte rem quæ in iudicium deducta est, æstimari dicit. Idem in L. 3. *nummis depositis*, inquit, *non oportet in litem iusiurandum deferre*; et hoc *in litem* interpretatur de nummorum petitorum, idest, rei in iudicium deductæ æstimatione. Addit enim, *ut iuret quisque, quod sua interfuit, cum certa sit nummorum æstimatio*: quasi diceret, cum iusiurandum in litem pertineat ad statuendam et certam efficiendam rei æstimationem, non recte adhibebitur in nummis depositis, cum eorum æstimatio inter omnes certa sit. Idem in *L.* 4. §. 1. *hic.* de iureiurando in litem loquens: *non enim*, inquit, *ad suam utilitatem iurisiurandi referenda æstimatio est*, *sed ad domini* aperte nominat iurisiurandi æstimationem, ut intelligatur non esse hoc iusiurandum, nisi de æstimatione. Marcianus in L. 5. cum dixisset in certis iudiciis in litem iurari, subiicit statim: *sed iudex potest præfinire certam summam, ad quam usque iuretur.* Est igitur hoc iusiurandum de summa, in quam iuratur, nec potest hæc summa esse, nisi quæ liti et iudicio congruat, idest, æstimatio litis, seu rei in iudicium deductæ. Quod apertius paulo post ostendit. Ait enim: *sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur, non etiam ob culpam. Hanc enim iudex æstimat.* Quod perinde est, ac si dixisset, etiam iureiurando in litem rem æstimari non secus, quam cum culpa æstimatur, sed inter utriusque rei æstimationem hoc interesse, quod hic rem iudex æstimat: illic alius, nempe actor, cuius iuriiurando res subiicitur. Et in extremo: *interdum*, inquit, *in actione stricti iudicii in litem iuratur: veluti si promissor Stichi moram fecerit, et Stichus decesserit: quia iudex æstimare sine delatione iurisiurandi non potest rem, quæ non extat.* Defert ergo iudex iusiurandum in litem, ut ex eius delatione possit rem æstimare. Hoc ex delatione huius iurisiurandi facere iudex non potest, nisi ipsum iusiurandum sit de æstimatione: quam ille deinde in condemnatione sequatur. Nam si actor de re tantum iurat, nihilo magis potest res æstimari ex eo iureiurando, quam si omnino iuratum non esset. Et quidem tunc, cum dicitur rem æstimari, aut reum condemnari, *quanti in litem iuratum est*, aut iurari in litem, *quanti actoris intersit*, ut in *L.* 3. *L. tutor. L. pen. infr. hoc tit.* et alibi sæpe: non mirum, si his verbis intelligimus litem seu rem æstimatam, ut explicatur in *d. L. tutor hic.* Id enim facit verbum *quanti*, etiamsi simpliciter dictum esset, iuratum esse, quanti interest, aut reum damnari, quanti iuratum est, nec adderetur in litem: quoniam verbum *quanti* ad quantitatem et æstimationem, in quam iuratum est, refertur. Sed quamvis nulla quantitatis mentio fiat, sed solum dicatur iuratum in litem: hoc ipso non in corpus et rem aliquam, sed in litis et rei æstimationem iuratum veteres significant, ut superioribus locis indicatur. Sic in *L.* 3. §. *præterea*, supr. ad exhib. *Præterea*, inquit Ulpianus, *in hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem iusiurandum petitoris damnari possit ei, iudice quantitatem taxante.* Ubi non dicit, per iusiurandum in litem de æstimatione, sed simpliciter per iusiurandum in litem; et tamen hanc ipsam æstimationem contineri intelligit: quod aperte significat, cum subiicit iudicem huius iurisiurandi quantitatem taxare. Sed et in constitutionibus, quæ exstant sub Tit. *de in lit. iur. C.* passim hæc verba absolute posita eodem sensu usurpantur. Ut in summa veteribus nihil aliud sit iurare in litem, quam quod diximus, iurare in litis et rei in iudicium deductæ æstimationem. Non abs re est, quod in hoc demonstrando paulo pluribus immoror. Nam ut est verborum significatio, nihil in hoc usu atque hac definitione videtur verbis convenire, quid enim minus convenit, quam *in litem* interpretari in litis æstimationem: cum longe aliud sit res aliqua, et aliud huius rei æstimatio? Est hoc quidem in verbo litis, ut iuris auctoribus non tantum significet controversiam, quod proprie significat: sed etiam rem de qua lis est. Figura omnibus linguis usitata, qua usurpatur continens pro contento, lis pro re, quæ in lite versatur. Significatio in his notissima, cum dicimus, litem alicui æstimatam, aliquem litis æstimationem sustulisse: quæ passim in libris responsisque veterum occurrunt. In quibus constat intelligi rem, de qua controversia est, æstimatam: rei de qua lis est, æstimationem ab aliquo solutam, ut inter innumeros locos ex his patet. *L. si propter*, *infr. rer. amot. L.* 2. *in fin. et L.* 3. *infr. pro em. L. nec ullam*, §. *pen. supr. de pet. her.* Itaque et usu veterum et significatione verbi consentiente ferri potest, ut iusiurandum in litem vocemus, quod sit in rem, seu de re, de qua iudicio agitur. At illud quomodo potest recipi, ut *in litem* interpretemur in litis æstimationem? Nam si maxime diversa sunt, res aliqua et eius rei æstimatio: necesse est itidem maxime diversa videri

deri

deri, litem, et eius litis æstimationem, ubi lis pro re, de qua lis est, accipiatur. Et necesse esset ita videri, si lis significaret omnem rem, de qua lis est: quo sensu quodcunque iusiurandum interponeretur in lite de re aliqua, id recte diceretur in litem, quacunque in re, et quacunque in controversia interponeretur. Sed apparet veteres in huius iurisiurandi appellatione verbum totius tribuisse præcipuæ parti litis per excellentiam: ut litem dicerent id, quod est quidem in lite, sed quod est summum ac præcipuum, et ad quod totius litis finis atque exitus refertur. Ea autem est damni aut amissi lucri æstimatio, quam actor iudicio consequi contendit. Quo fit, ut ex hac parte, atque hoc effectu, qui maxime lite petitur, et in lite versatur, iusiurandum in litem dictum sit, quod esset in ipsam litis, et rei in iudicium deductæ æstimationem.

3 Ac de verbo satis, iam de † re ipsa dicamus. Et cum hoc iureiurando constituatur actor iudex in caussa sua invito reo, quod genere ipso iniquum est: *L. Iulianus autem*, 16. *supr. de iud. tit. C. ne quis in sua cau. iud.* certum est, iusiurandum esse eiusmodi, quod temere non fuerit admittendum. Sed quod regula iuris optime traditur, id in hac re, ut et in aliis omnibus valet: etsi nihil facile immutandum est ex solemnibus: tamen ubi evidens æquitas poscit, subveniendum est. *L. etsi*, *infr. de reg. iur. L. pen. supr. de in int. rest.* Quam ob caussam et hoc iusiurandum quibusdam in caussis æquitate ita exigente receptum est. Receptum est autem alias de rebus, quæ amissæ dicuntur, nec amissæ probantur, simul et de earum rerum æstimatione; alias de sola æstimatione rei petitæ, quam rem prius deberi, aut præstari de-
4 bere convenit. † Prius introductum est constitutione Zenonis adversus eum, qui vi aliquem de possessione deiecit. *L. si quando*, *C. unde vi.* Nam si is, qui deiectus est, quædam in ea vi sibi erepta, aut amissa, aut corrupta esse dicat, et damnum ad certam summam æstimet: placet huic iuranti credi non solum de æstimatione earum rerum, quas prius fuisse, ac per vim amissas esse constabit; sed etiam de ipsis rebus, numero et conditione earum, quamvis aut non doceat se prius habuisse, aut cum haberet, per eam caussam amisisse: et in summa credi actori, se ad hanc aut illam summam damnum passum esse iuranti, et ut nunc loquimur, litem iureiurando tanti aut tanti æstimanti; cum hoc tamen temperamento, ut iudex pro personarum et negotii qualitate taxet certam summam, quam actori iurando excedere non liceat, ne per hanc occasionem in infinitum iuretur. Ius in hac caussa optima ratione constitutum. Nam exigere ab actore, ut res, quas dicit, se amisisse probet; nec aliter illi, quam idonee probanti damnum præstari velle, nihil aliud est, quam cogere eum res illas amittere. Quomodo enim facile probet testibus, quæ res ibi, unde deiectus est, fuerint: cum res quisque privatas secretas habere soleat: certe non soleat ad eas cognoscendas testes accersere? Et ut forte se res ibi habuisse, et quas habuerit, probare possit; tamen illud facile non possit probare, se eas per vim et illam iniuriam amisisse: cum qui vim adhibebant, soli fuerint, et alios testes vi removendo omnem probandi facultatem deiecto ademerint. Eum vero qui deiectus est, cogi res suas amittere propter delictum prædonis, nimis grave et aperte iniquum est. Quapropter hoc supererat, ut ipsi de his rebus affirmanti crederetur potius, quam propter alienam iniuriam de iis rebus in discrimen veniret. Nocet hoc quidem invasori; sed impunita maleficia esse non oportet. *L. ita vulneratus*, *in fin. supr. ad leg. Aquil.* et si alterutri factum nocere debet, æquius esse auditori suo, quam adversario nocere. *L. factum cuique*, *infr. de reg. iur.* Et tamen quia simpliciter affirmanti credi parum tutum fuit, et cum nonnulla iniuria rei coniunctum: ideo hac quoque parte consultum est reo, et cautum, ut iuranti quidem, attamen non nisi iuranti fides haberetur. Est autem hoc etiam iusiurandum in litem: ne quis id forte ab hoc genere excludat, quia sub hoc titulo superiorem constitutionem relatam non videt. Summa enim iurisiurandi huc redit, ut iuretur in damni æstimationem, et ut constitutio loquitur, *ut actoris sacramento æstimatio rerum quas perdidit, manifestetur.* Sed quia constitutio iusiurandum illud in litem, de quo hic agitur, multo post sequuta est, et ad vim coercendam pertinet, ideo potius in titulum, *Unde vi C.* relata videtur.

De æstimatione † rei petitæ, quam rem prius præstari debere constat, iusiurandum 5
in litem vetus est, estque id quod hoc titulo explicatur. Huic locus est in iudicio de re principaliter petita, quam cum dari, tradive, aut restitui, vel exhiberi debere constet, tamen dolo aut culpa adversarii non præstatur. Nam adversus eum, qui eam rem non præstet, ubi res manu militari ei non auferatur, ut aliquando aufertur in rei vindicatione: *L. qui restituere*, *supr. de rei vind.*

vind. nihil relinquitur, nisi ut res æstimetur, damneturque reus in eam æstimationem. Idque ita iure observatur: maxime quidem, cum res exstat. *d.* L. *qui restituere*, *de rei vind.* *L. tutor*, *h. tit.* Sed non minus et cum desiit exstare, si quidem post moram rei perierit. L. *in re furtiva*, *infr. de cond. fur.* *L. item si verberatum*, §. *ult. supr. de rei vind.* Ita in hac recusatione adversarii hoc evenit, ut de æstimatione rei petitæ quærendum sit: qua in quæstione maxime iusiurandum versatur. Non continuo tamen, ut in hac recusatione de rei æstimatione quæritur, ita etiam committitur
6 hæc æstimatio iuriiurando actoris. † Duplex hic æstimatio adversus frustratores reos actori concessa est, in quam et iuratur, atque ex ea et de iureiurando in eam admittendo varie statuitur. Interdum ob rem non præstitam permittitur actori rem æstimare pro arbitrio atque ex affectione, ut in hanc æstimationem reus condemnetur. *L.* 1. *L. tutor*, *hic.* Alias æstimatur res ex vero, seu quanti est, ut non amplius sententia iudicis præstetur: *L.* 2. §. 1. *hic.* quæ et solemnis atque usitata rerum æstimandarum ratio est. L. *pretia*, *infr. ad L. Fal.* *L. si servum*, *supr. ad leg. Aquil.* Cumque in utramque æstimationem iusiurandum receptum sit, hinc et duplex in litem iusiurandum natum est de æstimatione rei petitæ, de qua nunc agimus. Unum, quo iurat actor, quanti rem æstimet ex affectione: quod sæpe pretium excedit. *d.* L. 1. *hic.* Alterum quo iurat, quanti sua vere intersit. *d. L.* 2. §. 1. L. 5. *in fi. hic.* Quæ genera ita notantur a veteribus, ut prius vocetur iusiurandum, *quanti in litem iuratum est.* posterius id, quo iuratur, *quanti res est*, seu *quanti interest*: quibus verbis vera æstimatio significatur. *d. L.* 2. *in fin.* L. *tutor*, *hic.* Genera ob eam caussam ita distincta, ut hæc ab illis tanquam contraria statuantur. *d. L. tutor*, *hic*, *L. non a iudice*, *supr. de iud.* Utrumque tamen in litem. Nam etsi maxime ac præcipue dicitur in litem, ubi actor pro arbitrio pretium æstimat, ut sæpe per antonomasiam ita dicitur, ut in L. 1. L. 5. *L. vulgo*, *hic.* tamen nihilominus et alterum in litem dicitur, quia est in litis æstimationem. *L. in actionibus*, 5. *vers. plane*, et *L. seq. hic.* Prius affectionis; alterum veritatis vulgo nominatur. Hoc intellecto, hoc dicimus, ut est ista æstimatio, ita et iusiurandum in eam æstimationem dissimiliter admitti. Cum prior æstimatio conceditur actori, id ita fit: ut semper hæc committatur eius iuriiurando. Nam cum æstimatio ex actoris arbitrio et affectione pendeat, ut non possit aliorum iudicio vel testimonio confirmari: necesse est eam, si permittatur, aut soli illius affirmationi permitti, aut iuriiurando. Soli affirmationi credi iniquum, neque etiam placuit. Restabat igitur, ut non nisi iuranti crederetur. Ita semper huic æstimationi adiunctum est iusiurandum. Sed non semper illa æstimatio recipitur: est enim gravior, quam ut eam facile concedi oporteat, proinde nec semper ipsum iusiurandum, quo in eam iuratur. Posterior æstimatio, et in ea iusiurandum dissimili plane iure et conditione habentur. Nam ipsi æstimationi, quæ vera est, ubique locus est adversus eum, qui rem petitam non præstet, ut debet: ac tunc maxime, cum culpa tantum adversarii res non præstatur, quippe cum eo tempore illa æstimatio sola sit. *L.* 2. §. 1. *hic.* At non item ubicunque de ea æstimatione ob culpam rei controversia incidit, ibi locus est iuriiurando in litem, ut ita iurante actore controversia decidatur; sed interdum dumtaxat, ut significatur in L. 5. *in fin. hic.*

Quomodo igitur, aut priori illi æstimationi locus datur, ut sic fiat locus et iuriiurando, quo semper in eam iuratur: aut quando in posteriore æstimatione recipitur iusiurandum, quod sit in eam æstimationem, ut sic in universum statuamus, ubi, et quam recte totum hoc in litem iusiurandum admittatur? Et si dixerimus, quando hæc fiant, simul et de æquitate huius iurisiurandi admittendi constabit. † Ac quod 7
attinet ad priorem æstimationem, ea, ut dixi, gravior est, quam ut facile in quemquam recipienda fuerit, etiamsi maxime actor eam adstruat iureiurando. Quod enim res ostendit, duplicem pœnam continet: communem illam, quod actor in caussa sua iudex constituitur invito reo: quod et in omni alio iureiurando in litem accidit: propriam hanc, quod æstimatur lis etiam ultra rei pretium. *d. L.* 1. *hic.* Sed tamen et hæc admissa est, atque una iusiurandum; verum suis conditionibus, ex quibus æquitatem huius iuris licet animadvertere. Ac de singulis dicam postea suis locis plenius. Nunc breviter capita attingam, ut summa iuris nota sit, et æquitas in hoc iureiurando introducendo, quam quærimus, statim perspiciatur. Tria sunt, quæ iuncta huic iuriiurando locum faciunt: ius actoris in re petita; rei petitæ conditio; et contumacia vel dolus adversarii in re petita non præstanda. Non tribuitur hoc iusiurandum cuivis actori; sed domino, *L. vulgo*, *L.* 4. *hic*, aut ei ad cuius ius res petita pertineat: quod ex gene-

nere actionis intelligitur. Unde tractatum, quibus in actionibus iuretur in litem, de quo in *L.* 5. *hic*. Æquissimum est, rei cuiusque pretium non ex eo, quanti est, sed arbitrio domini statui. *L. tutor*, *hic*. Neque tamen hoc in omni re petita admittitur, sed ita, si sit ea res, in quam cadat affectio, et cuius æstimatio pro utilitate et commoditate utentium possit variari. Diversum est, si de alia re agatur: puta, de nummis, qui forte depositi non restituantur. *L.* 3. *hic*. Ut cætera interveniant: tamen placet in hac æstimatione nisi ob dolum aut contumaciam frustratoris rei in litem non iurari: ut sit iusiurandum hoc doli pœna. *L.* 2. §. 1. *L. in actionibus*, *vers. sed in his omnibus*, *L. tutor*, *hic*. Quid æquius, quam dolum et contumaciam puniri: et maxime si hic dolus in re aliqua adversus eum, ad quem pertineat, admit-
8 tatur? † Quod attinet ad alterius æstimationis, quanti res est, iusiurandum, etiamsi ipsa æstimatio adversus eum, qui rem debitam non præstet, iuste inducatur:, tamen hæc non committitur iuriiurando actoris, quamdiu res exstat, quæ petitur, ubi ex eius inspectione possit æstimatio facile probari. Tunc recipitur in hac re iusiurandum actoris, cum res petita periit. *L.* 5. *in fin. hic*: scilicet quia tunc necessitas id flagitat, nisi æstimationem rei una cum re actori propter moram rei perire velimus. De quibus plura deinceps suis locis: Nunc ipsos locos indicasse sufficiat, ex quibus deinde singulorum diligentior explicatio petatur. Ac cui prius iusiurandum deferatur, dicam ad L. 4. Quibus in actionibus, quod eodem referri debet, et quamobrem, dicam ad L. 5. Qua de re in L. 3. Adversus quem in *d. L.* 5. De posteriore iureiurando dicam ad *L.* 5. *vers. ult. et L. seq.* Ex quibus omnibus quid sit iusiurandum in litem, quæ eius genera sint, et ubi unumquodque, et quamobrem, seu qua æqui-
9 tate receptum sit, intelligimus. † Quo recepto, deinceps de vi iurisiurandi quærendum est, ubi actor de æstimatione iuraverit. Et de eo hæc item iuris summa est, quæ hoc titulo tradatur: hæ partes, quæ suis locis notatæ, diligentius deinde illic a nobis exponentur. Servandum est nimirum iusiurandum in litem, ut si et de alia re inter litigatores iuratum esset; sed suis conditionibus. Hæ duæ sunt: una, si actor deferente iudice iuraverit; alio deferente iusiurandum nihil prodest: quod quomodo accipiendum sit, dicam ad *L.* 4. §. *deferre*, *hic*. Unde quæstio, an sit in potestate iudicis, id non deferre: de quo in *d. L.* 4. §. *iurare*. Altera conditio est, si actor taxationem iudicis non excesserit: nam ab initio modum iuriiurando statuere iudex potest, ut intra certam quantitatem iuretur *d.* §. *iurare*, *L.* 5. *hic*. Hoc modo, inquam, interpositum iusiurandum in litem, non minus quam de aliis rebus servandum est. *L.* 4. §. *deferre*, *L. ult. hic*. Etiamne si actor in infinitum iuraverit? Etiam, nisi iudex modum iuriiurando statuerit, ut intra certam quantitatem iuretur, quod eum facere posse diximus, *L.* 4. §. *iurare*, *hic*. Sic tamen servandum hoc iusiurandum, ut ex caussa possit iudex id non sequi: de quo ad *L.* 4. §. *item videndum*, *hic*. Quin etiam sententia secundum id lata, potest et ex caussa de periurio eius, qui in litem iuravit, quæri. *L. ult. hic*. Vi huius iurisiurandi cognita, etiam de necessitate eius suscipiendi quæritur: dicam ad *L. ult.* De quibus omnibus licebat uno contextu orationis, ac recto ordine semel dicere, ut superiore titulo fecimus. Sed quoniam Titulus brevis est, et in Titulo non longo magna membrorum divulsio esse non potest, ac si quæ esset, iam tamen et summa iuris, et rectus ordo ac series rerum cognoscendarum ex his, quæ diximus, intelligitur: putavimus melius esse explicationem singularum partium ad suos locos reiici, quo ipsi quoque loci expositi essent, et his qui singulos cognoscere cupiant, eo modo consuleretur.

Ad L.



Ad L. rem 1.

Ulpianus lib. 51. ad Sabinum.

Rem in judicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio poterit ex contumacia non restituentis, per jusjurandum in litem. Non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia æstimatur ultra rei pretium.

SUMMARIA.

1. *Quibus in judiciis condemnatio crescere possit per jusjurandum in litem, et quomodo hoc contingat.*
2. *Quanti quæque res æstimanda, cum de finiendo negotio non agitur.*
3. *Definitionis hujus loci quis, et quibus in caussis usus.*
4. *Exempla.*
5. *Jusjurandum in litem ex affectione seu affectionis.*

1 QUibus in iudiciis in litem iuratur, in his iusiurandum hoc efficit, ut, sicut Ulpianus hic loquitur, *ex contumacia, non restituentis*, aut non præstantis quod petitur, *condemnatio crescere possit per iusiurandum in litem.* Potest enim res contumacia possessoris non restitui, quam ille restituere iussus est: Quod si fit, iuratur in litem. *L.* 2. §. 1. *infr.* atque hoc iureiurando statuitur pretium rei, non quanti est, sed quantum dominus fuerit arbitratus in infinitum. *L.* 5. *L. tutor, infr. L. qui restituere, supr. de rei vind.* eoque et sæpe ultra pretium rei, ut hic dicitur. Sic fit, ut hactenus vere dicatur crescere condemnatio ex contumacia non restituentis: cum si possessor rem restituere paratus esset, aut in ea non restituenda dolo careret, nihil amplius quam rem quanti est, aut veram eius æstimationem præstare sen-
2 tentia iudicis cogeretur. † Hac æstimatione rei in his iudiciis recepta, quæsitum est, si forte in his ipsis iudiciis controversia incidat, res in iudicium deducta quanti sit, seu quanti æstimanda sit, quod quidem ad contumaciam non restituentis puniendam et finiendum negotium nondum pertineat: utrum debeat solum æstimari, quanti est re vera, an vero quanti iureiurando in litem amplius æstimari potest, ut in æstimatione rei etiam hoc computetur, quod ex contumacia non restituentis et iureiurando in litem potest ad veram æstimationem accedere. Ad eam quæstionem accommodata est Ulpiani definitio hoc loco. Definit enim, rem in iudicium huiusmodi deductam non ideo pluris esse, quia ultra pretium rei æstimari potest per iusiurandum in litem, et eatenus condemnatio crescere: significans tanti quidem esse, quanti est pretium eius; at non pluris: etsi maxime pluris ex contumacia æstimetur, eoque quod ultra est, in re æstimanda computandum non esse. Cui definitioni plane locus non est, nisi in ea quæstione, cum quanti res sit, quæritur. Congruit autem definitio illi sententiæ veterum, qua traditur, in re quaque æstimanda affectiones non esse spectandas, sed quanti omnibus valeret: et pretia rerum non ex affectu et utilitate singulorum, sed communiter fungi. *L. si servum, supr. ad leg. Aquil. L. pretia, infr. ad leg. Fal.* At non videbatur in proposito ea definitio retineri posse. Res enim in iudiciis pluris æstimari potest, quam quanti est, et ut æstimatur, ita reipsa præstatur hæc æstimatio. Cur non ergo in re æstimanda et hoc quod plus est, computetur, cum pariter ad æstimationem rei pertineat? Respondet Ulpianus, eo fieri, quia in eo quod hic plus est, res ex contumacia æstimetur ultra rei pretium. Quo significat ideo fieri, quia quod accedit, æstimatio quidem sit; sed non rei, seu pretii rei, verum contumaciæ, quæ hac æstimatione, atque hoc iureiurando punitur: aut verius, quia sit hæc non æstimatio rei, sed contumaciæ pœna, ut hac pœna contumaciam hic puniri dicitur in *L.* 2. §. 1. *et L. tutor, infr. eod.* Utriusque rei argumentum esse innuit, quod res ita æstimetur, ex dolo aut contumacia, ut non æstimatur aliter: *L.* 5. *infr.* et æstimetur ultra rei pretium: quod certo probat veram æstimationem rei non esse, quæ ultra eam æstimationem inducatur.

Sed

3 Sed quorsum † hæc definitio? Est enim plane inutilis et inepta, si in his iudiciis, in quibus iuratur in litem, de quibus concepta est, nunquam quæritur, quanti res sit, de qua in litem iurari potest. At nunquam evenire videtur, ut hoc quæratur in his iudiciis. Nam si res petita restituitur, non quæritur omnino de rei æstimatione. Si non restituitur: si quidem culpa solum possessoris, hic non iuratur in litem, *L.* 4. §. *ult.* L. 5. *infr. eod.* eoque nec potest condemnatio per hoc iusiurandum crescere, quod tamen iusiurandum definitio exigit. Si possessoris contumacia aut dolo: quæritur quidem de æstimatione, sed tantum abest ut reiiciatur ea, qua res æstimatur ultra rei pretium, ut hæc sola admittatur, repudiata illa altera, quanti res est. *L. tutor*, *infr.* Quorsum ergo, inquam, definire, quanti sit vere res in iudicium deducta, de qua eadem possit in litem iurari, ubi de eo quæri nec soleat unquam, nec possit? definire rem non esse pluris, quamvis iureiurando æstimetur ultra rei pretium, ubi constet nihilominus ita æstimari, nec quidquam impediat, quod res tanti non sit, quia an tanti sit, necne, non quæratur? Et quod ante attigi, res ita habet, ut in his iudiciis nunquam huic quæstioni aut definitioni locus esse possit, cum de æstimatione rei principaliter quæritur, nempe ad litem adversus reum æstimandam, et eum tanti condemnandum: quam ad rem adhibetur iusiurandum in litem. Sed accidit interdum, ut in his ipsis iudiciis multo ante sententiam, atque adeo initio iudicii ob alias caussas in iudicium incidentes, quærendum sit, quanti sit res, quæ in iudicium deducta est: ut, quia id ante constitui necesse sit ad iudicium rite instituendum aut promovendum: de quo tamen quidquid constitutum erit, nihil ad principalem caussam decidendam pertinet. Id si quando fiat, ibi superior definitio locum habet, idque verba definitionis satis ostendunt. Sunt enim hæ eiusmodi quæstiones, in quibus vere dicatur condemnatio crescere posse per iusiurandum in litem, non autem iam nunc crescere. Accidit autem, ut id quæratur quandoque, cum tractatur de iurisdictione iudicis apud quem agitur, quæriturque, utrum res petita intra iurisdictionem eius consistat, an excedat: quæ quæstio in eo est, quanti res sit, quæ in iudicium deducitur. Nonnunquam etiam in fideiussoribus iudicio sistendi caussa datis, qui pro rei petitæ qualitate idonei dari iubentur. *L.* 1. *supr. in ius voc. ut eant.* Unde quæstio, quanti sit res, quæ petitur. Quæ quomodo in his caussis accidant, et ex superiore definitione explicentur, propositis exemplis planum fiet.

Sit ergo huius † quæstionis et definitionis superioris usus in his exemplis expositus. Est aliquis primus iudex, qui ex lege et forma iurisdictionis suæ cognoscere potest solum ad quingentos aureos. Quidam cum fundum haberet, qui ab alio possidebatur, dignum ad summum quingentis aureis, si quidem vera æstimatio spectetur, eum tamen apud maiorem iudicem vindicabat: quod eum æstimaret ipse septingentis aut pluris propter multas commoditates, quas privatim ex illo percipere poterat: et quo magis huius æstimationis ratio haberetur, dicebat fieri posse, ut in eo iudicio tanti fundus æstimaretur per iusiurandum in litem: id enim futurum est, si per contumaciam possessoris fundus ei non restituatur. *L.* 2. *infr.* Ergo hac ratione apud maiorem iudicem fundum vindicat, quod dicat eius fundi æstimationem excedere posse iurisdictionem minoris iudicis, apud quem ideo litem non instituit. Possessor præscriptione fori utitur, et ad minorem suum iudicem revocat, quod dicat rei petitæ pretium intra iurisdictionem eius consistere. Quæstio, utrum consistat, ut verum pretium solum spectemus; an excedat, quia et eius quo crescere condemnatio potest, ratio haberi debeat. Dicemus ex superiore definitione rem consistere intra iurisdictionem minoris iudicis. Ideo apud eum agendum esse: quia fundus de quo agitur, non pluris sit, quam quingentorum aureorum, de qua summa minor iudex potest cognoscere. Nec ad rem pertinere, quod condemnatio crescere potest per iusiurandum in litem. Non enim ideo fundum pluris fieri: quoniam ea æstimatio non rei petitæ æstimatio sit, sed pœna contumaciæ non restituentis. De fideiussoribus, quos dixi, hoc exemplum est. Olim qui in ius vocatus venire statim nolebat, hoc ita evitabat, si satisdaret se condicto die iudicio stiturum, nisi si cui hæc satisdatio remitteretur. Tit. *in ius voc. ut eant. supr.* Hinc autem edicto fideiussor iudicio sistendi caussa iubetur dari locuples; sed pro rei de qua agitur qualitate, idest, qui tantum facere possit, quanti res est, de qua agitur. L. 1. *supr. in ius voc. ut eant.*, *L.* 2. §. *ult. supr. qui sat. cog.* Ecce dominus fundum suum vindicat, qui si ex vero æstimetur, valet ad summum ducentis aureis. Ideo possessor, ut olim mos erat Romanis, cavere vo-

volens iudicio sistendi caussa, offert fideiussorem ad summam ducentorum locupletem. Dominus postulat sibi dari locupletem ad trecentos aureos, quod dicat se fundum suum æstimare tanti: et vero ad tantam summam condemnationem crescere posse per iusiurandum in litem, si quidèm contumacia possessoris res non restituatur, ut fieri potest. Quæstio, an sit audiendus. Dicendum ex hoc loco, liberari possessorem, qui fideiussorem locupletem ad ducentos aureos, offerat: propterea quod fundus, de quo agitur, tanti sit re vera, non pluris. Nec obstare, quod condemnatio in hac caussa crescere potest ex contumacia possessoris usque ad trecentos aureos. Non enim ideo pluris esse, ut diximus, quia hæc contumaciæ æstimatio sit, non rei petitæ, de cuius æstimatione nunc quæritur. Hæc de his caussis scripsisse et sensisse Ulpianum ex inscriptionibus huius loci et aliorum quorundam coniecturam facere possumus. Nam hic locus, ut est inscriptio, sumptus est ex libro Ulpiani quinquagesimo primo ad Sabinum. Hoc libro tractasse illum de iudicio, et de iudicis iurisdictione indicat *L. eum qui*, 13. *supr. de iurisd. L. si locus*, 59. *supr. de iud. L. judex*, 55. *infr. de re jud. L. nemo qui condemnare*, 37. *infr. de reg. iur.* omnes sumptæ ex eodem libro, et ad eam transactionem, quam 5
dixi, pertinentes. † Obiter hic notandum de iureiurando in litem, hoc iureiurando cum ob contumaciam et dolum defertur, rem æstimari posse ultra rei pretium: quod nihil aliud est, quam hoc iureiurando æstimari rem ex affectione, seu quanti actor ex affectu rem æstimet. Nam extra pretium rei si qua æstimatio est, ea solum est, cum ex affectione et utilitate privati cuiusque res æstimatur: *L. pretia, infr. ad leg. Fal. L. si servum, supr. ad leg. Aquil.* ut non male vulgo vocetur hoc iusiurandum affectionis.

Ad L. Sive 2.

Paulus lib. 13. ad Sabinum.

Sive nostrum quid petamus, sive ad exhibendum agatur. Interdum quod intersit agenti, solum æstimatur, veluti cum culpa ponitur non restituentis, vel non exhibentis. Cum vero dolus (punitur,) aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem jurabit actor.

PErtinet ad definitionem proximam L. 1. nosse, quando iureiurando in litem possit condemnatio crescere ex contumacia adversarii, idqúe ultra rei pretium, quia id fieri posse ea definitione comprehensum est. Pertinet et illud, nosse cur additum sit, *ex contumacia.* Ad hoc declarandum hoc fragmentum subiectum est: ad declarandum, inquam, non ad explicandum. Neque enim hic quidquam plene definitur. Quæ explicatio sequitur postea in *L.* 4. *§. iurare, et deinceps*: *item L.* 5. Dicitur ergo superius fieri posse, sive nostrum quid petamus, sive ad exhibendum agatur. Utrumque horum exempli caussa. Nam idem fieri potest in actionibus in rem, etiam quibus quid nostrum non petimus: nec tantum in his itemque in actionibus ad exhibendum, sed etiam in actionibus in personam, quibus ad exhibendum non agitur: de quo dicetur ad. *L.* 5. Quod sequitur in §. 1. declàrat, cur additum sit in superiore definitione, *ex contumacia non restituentis.* Docet enim consulto id factum, quia ibi solum æstimetur sententia iudicis, quanti in litem iuratum est, cum dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis punitur. Cum autem tantum culpa non restituentis vel non exhibentis: non nisi quod agentis interest, idest, quod abest re vera. *L. unica, C. de sent. quæ pro eo quod int.* De cuius probatione hoc ius est, ut alias de eo probatio exigatur ab actore; interdum ipsum iuriiurando eius committatur: quod iusiurandum et ipsum dicitur in litem. *L.* 5. *in fin. infr.* Id quando accidat, ibi dicetur.

Ad L.

Ad L. Nummis 3.

Ulpianus lib. 3o. ad Edictum.

Nummis depositis, judicem non oportet in litem jusjurandum deferre, ut juret quisque quod sua interfuit cum certa sit nummorum æstimatio: nisi forte de eo quis juret, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse. Quid enim si sub pœna pecuniam debuit, aut sub pignore, quod (quia deposita ei pecunia abnegata est) distractum est.

SUMMARIA

1. *Jusjurandum in litem quibus de rebus deferri non possit, et quare.*
2. *Ad diem constitutum pecunia non soluta, venire præter pecuniam etiam id quod interest creditoris pecuniam sua die solutam non esse, et in eo æstimari etiam eas utilitates, quæ extra rem consistunt.*

1 HIC locus docet non omnibus de rebus iusiurandum in litem deferri posse, etiamsi maxime his actionibus petantur, quæ conditione sua hoc iusiurandum admittunt, et agatur adversus contumaces: simul de quibus non possit deferri, ostendit. Negat enim Ulpianus, *nummis depositis iudicem oportere in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque quod sua interfuit*, et addit rationem, *cum certa sit nummorum æstimatio.* Præter sententiam superiorem de nummis depositis, hac ratione maxime declaratur sic recte de rebus in universum definiri: Quarum rerum certa æstimatio est, quales sunt nummi, vinum, oleum, frumentum, et quæcunque res pondere, numero, mensurave constant: etsi hæ depositæ petantur, aut tanquam res petitoris vindicentur, eædemque dolo aut contumacia possessoris non restituantur, quibus de caussis iusiurandum in litem admitti solet: tamen de his rebus hoc iusiurandum deferri non debere; cæteris in rebus deferri posse, si aliud non impediat. Ratio ducta est ex fine iurisiurandi in litem. Nam hoc iusiurandum vel ob id defertur, ut constet de vera æstimatione rei, quæ ignoratur, et aliter probari non potest, *L.* 5. *in fin. infr.* Vel ut pretium rei arbitrio domini statuatur ex eius affectione. *L. tutor*, *infr.* Neutram ob caussam iusiurandum in litem de nummis petitis deferri potest. Nam si nummorum æstimatio quæritur: hæc per se certa est, eoque non indiget alia probatione, multoque minus ad eam rem iureiurando. Si quæritur domini affectio: hæc in nummos et res superiores non cadit. Unus enim aureus solaris, exempli gratia, ab alio utilitate et commoditate nihil plane differt. Quod in animalibus, hominibus, prædiis, et cæteris rebus, quæ sua specie, non quantitate æstimantur, secus est. Harum enim rerum unaquæque suam vim, suas commoditates, utilitates, voluptates a cæteris multum distantes habet. De domini affectione nihil hic dixit Ulpianus, hanc nimirum in nummos non cadere: quia minus de eo dubitabatur. † Sed quod dixerat, 2
nummis depositis non restitutis in litem non iurari, sic accipi vult: si nummi sine die qua redderentur, depositi *sint.* Quod si convenit, ut certo die redderentur, nec redditi sint: placet iusiurandum in litem deferri posse: non de nummis, quorum cum semper certa sit et una in omnibus æstimatio, hæc iusiurandum non admittit, ut hic non mutet Ulpianus, quod prius dixerat; sed de eo, quod *actoris intersit nummos illi sua die redditos fuisse.* In quo computari ait extra nummos damna, quæ ob pecuniam sua die non redditam contigerunt. Hæc autem esse ostendit, si actor sub pœna pecuniam debuit: quam scilicet quia solvere non potuit creditoribus suis, dum nummos a se depositos non accipit, ideo in pœnam incidit; aut si pecuniam debuit sub pignore, et quia pecunia deposita ei denegatur, pignus distractum est. Nempe iusiurandum in litem hic adhibebitur, ut petitor iuret se tantum pœnæ nomine solvisse, ubi id aliter facile probare non possit; arg. in *L.* 5. *in fin. infr.* in pignore autem ut iuret, quanti sit pignus amissum, non etiam ut id ex affectione æstimet, et debitor ei tantam summam condemnetur. Non enim ita res æstimatur, nisi

si adversus eum, qui rem de cuius æstimatione agitur, possidet, et contumacia non restituit; aut quam prius restituere poterat, eam dolo desiit possidere. *L.* 2. §. 1. *supr. L. tutor, infr.* In proposito autem is qui nummos depositos sua die non reddidit: pignus de quo agitur nunquam possedit, nec in eo non restituendo quidquam dolo fecit, cum a creditoribus actoris solum possessum et distractum fuerit. Sed et priori iuriiurando non alias locus erit in hoc pignore æstimando, quam si pignus perierit. L. 5. *in fin. infr.* Nam si adhuc exstat, satis de vera æstimatione ex inspectione rei constare potest. Sed sive de pœna ista et pignore, quæ hic æstimanda dicimus, iusiurandum actoris admittatur, sive non admittatur: tamen illa sententia Ulpiani manet, semper hæc æstimanda esse, ubi is cum quo agitur, nummos depositos sua die non reddidit, a quocunque ista æstimatio, et quomodocunque probari debeat. Locus in hanc sententiam diligenter notandus: quo efficitur, quoties quid certo die præstandum aut restituendum est, etiam si sit pecunia, vinum, frumentum, et res similes, quarum certa æstimatio est, quæque ex se fructus non ferunt: tamen adiectionis diei hanc vim esse, ut si res sua die præstitæ, restitutæ non sint, debitor teneatur non in res ipsas tantum, sed in id quod actoris interest eas sua die præstitas non esse. Hoc amplius, in eo quod interest, numeranda esse omnia damna ob eam caussam etiam extra rem contingentia: ut, si ideo petitor in pœnam inciderit, aut pignora eius sint distracta. Quod idem Ulpianus apertius et pluribus confirmat in L. 2. §. *ult. infr. de eo quod cer. lo.* Videtur adversari *L. si sterilis*, §. *cum per venditorem, infr. de act. em.* Sed de ea obiectione opportunius ad *L. quod si Ephesi, in pr. infr. de eo quod cer. loc.*

Ad L. Videamus. 4.

Idem lib. 36. ad Edictum.

Videamus in tutelari caussa quis jurare, et adversus quem possit. Et quidem ipse pupillus, si impubes est, non potest. Hoc enim sæpissime rescriptum est. Sed nec tutorem cogendum, vel matrem pupilli admittendam, et si parata esset jurare, divi Fratres rescripserunt. Grave enim videbatur, et ignorantes et invitos tutores sub alieni compendii emolumento, etiam perjurium anceps subire. Curatores quoque pupilli vel adolescentis non esse cogendos in litem jurare, rescriptis Imperatoris nostri et divi patris ejus continetur. Si tamen tantam affectionem pupillo suo vel adolescenti tutores vel curatores præstare volunt, auctoritas juris non refragabitur, quin judicio, quod inter ipsos acceptum est, finis ejusmodi possit adhiberi. Non enim ad suam utilitatem jurisjurandi referenda æstimatio est, sed ad domini cujus nomine tutelæ ratio postulatur. Adolescens vero, si velit, jurare potest.

S U M M A R I A.

1. *In litem jurat solus actor, idemque dominus litis, et quis hic dominus intelligatur.*
2. *Ad in litem jurandum cur non admittatur procurator etiam lite contestata.*
3. *Impubes in litem jurare non potest: et cur probibeatur.*
4. *Adolescens jurare potest, et cur ab impubere et hic et in aliis caussis distinguatur.*
5. *Furiosus, mente captus, prodigus, infans in litem jurare non possunt, et cur.*
6. *Tutelaris caussa hic, quæ.*
7. *Mater ne in caussa quidem pupilli filii admittitur ad jurandum, nisi tutrix.*
8. *Tutor in caussa tutelari volens jurare, potest: invitus non cogitur, nisi in re certo ipsi comperta: et cur utrumque.*
9. *Jurare in litem an cogatur, cui id defertur.*

Initii huius capitis, et §. *item, L. vulgo, infr.* coniuncta sententia est. Explicant enim hi loci, cui iusiurandum in litem deferri possit, aut non possit. Quare de

de his coniunctim et semel hoc loco dicemus. Idque etiam ratio huius loci postulat. Pendet enim totius huius initii quæstio et tractatio ex definitione iuris de hoc genere tradita in *d.* L. *vulgo*: ut necesse sit ad rectam explicationem definitionem illam præire. Sit ergo his locis summa hæc quæstio posita cui iusiurandum in litem deferri possit. De qua ita ius est, ut non cuivis in
1 lite hoc iusiurandum recte deferatur. † Jam primum constat iusiurandum hoc rei non esse, sed solius actoris. *L.* 2. §. 1. *supr. L.* 5. *in fin. infr. eod.* comparatum videlicet ad sublevandum actorem adversus iniuriam rei, qui rem debitam non præstat, ne actor una cum re quæ negatur, etiam de æstimatione ipsa in dubium veniat. Sed ne forte actorem hic intelligamus, qui agere potest, seu qui extra iudicium quid petat, res ita definita est a veteribus, ut dicerent alium in litem non debere iurare, quam dominum litis. *L. vulgo*, *infr.* Is autem dominus litis intelligitur, qui iudicio egit, et litem contestatus est. L. *procuratoribus*, *L. nulla*, *C. de proc.* Num ergo omnis dominus litis in litem iurare potest? Non statim. Nam et procurator, qui alieno nomine egit, litis contestatione dominus litis efficitur. *d. L. procuratoribus*, *et d. L. nulla.* Tamen hunc in litem iurare posse non placuit; illum solum placuit, qui et litem contestatus est suo nomine. *d. L. vulgo.* Et ideo non temere est, quod Ulpianus in *d. L. vulgo*, cum dixisset, *vulgo præsumi alium in litem iurare non debere, quam dominum litis*: subiunxit hæc verba: *denique Papinianus ait alium non posse iurare, quam eum qui litem suo nomine contestatus est.* Non enim hæ definitiones eædem sunt, ut quis putet Ulpianum aliis verbis idem repetere, ut fit interdum explicationis caussa: sed posterior definitio adiicit prior, et hoc significat: non modo alium quam dominum litis in litem iurare non posse; sed ne ipsum quidem litis dominum posse ita iurare, nisi is sit, qui vere, idest, re et effectu dominus sit per omnia: ut, quia suo nomine litem sit con-
2 testatus. † Sed cur procuratori post litem contestatam non liceat iurare in litem adversus eum, qui rem non restituit: cum procurator litis contestatione ita dominus efficiatur, ut cæteris in rebus se in ea lite possit pro domino gerere, puta procuratorem in eam litem dare? *d. L. nulla*, *C. de proc.* Quia etsi lis adversus reum iuste æstimanda est iureiurando: tamen eum falsa aut dubia æstimatione lædi non oportet. Quæcunque autem æstimatio hic exigetur, ea certa non est procuratori. Si de vera æstimatione rei agitur: non ita vires rei ei notæ esse possunt; certe non ita esse solent, ut domino. Si quæritur de domini affectione: hæc vero soli domino cognita esse potest, solusque de ea potest affirmare dominus, non procurator. Hactenus *L. vulgo*, qua nihil excipitur, quo minus si quis litem suo nomine contestatus sit, ei iusiurandum in litem recte deferatur

Sed adiiciendum est ex hoc loco, ne omni quidem domino litis, etiam qui suo nomine litem sit contestatus, iusiurandum in litem deferri posse. Iudicium, quod satis sit ad rem æstimandam, in actore exigimus. Hinc quæsitum de minoribus viginti quinque annis, quorum etsi aliquod iudicium est de rebus, nondum tamen satis certum est, et firmum propter ætatem. L. 1. *supr de minor.* † Et exceptus est impu- 3
bes, etiam qui tutore auctore suo nomine egerit, ut potest. *L.* 2. *C. qui leg. per. stan. in iud. ha.* De quo Ulpianus scribit hoc loco statim *in pr.* his verbis: *et quidem ipse pupillus, si impubes est, non potest in litem iurare.* Hoc enim sæpissime rescriptum est. In quo verba primum expendamus. Cur enim dicit, pupillus, si impubes est: cum non possit esse pupillus, nisi sit impubes? *L. pupillus*, *infr. de verb. obl.* Quod perinde est, quasi dixisset: et quidem ipse pupillus, si pupillus est; aut, et quidem ipse impubes, si impubes est: quorum utrumque est ridiculum, cum si pupillus est, non possit, quin sit pupillus. Et videtur ita locutus esse vitandæ ambiguitatis caussa, quæ ex usu loquentium in hoc verbo nasci potest. Non enim solum pupillus is dicitur, qui vere pupillus est, sed interdum ἀναφορικῶς is, qui pupillus fuit: quod fit, cum de re ad priorem tutelam pertinente agitur. *L. si tutor post*, *L. cum pupillus*, *infr. de tut. et rat. dist.* ut et vice versa tutor dicitur agere et conveniri tutelæ nomine finita tutela, quo tamen tempore tutor esse desiit. *d. L. si tutor post*, *L. cum pupillus*, *de tut. et rat. dist.* Sic et insula dicitur, quæ aliquando fuit insula, in *L. insula*, *in fin. infr. de acq. rer. do.* Ne quis ergo ex hoc usu tunc cum de pupillari caussa quæstio posita erat, ut hic erat, verbo pupilli intelligeret, etiam eum qui pupillus fuisset, nunc non esset: adiecit Ulpianus, *pupillus si impubes est*: ut hoc sic accipiatur: pupillus, si modo adhuc pupillus est, idest, si adhuc est impubes: dum significare vult eum se dicere, qui ve-

vere pupillus est; non etiam eum, qui per abusionem aliquando ita dicatur, idest, eum qui aliquando pupillus fuit, etiamsi de tutela eius agatur. De pupillo loquitur, idest, impubere, qui sui iuris est. *d. L. pupillus, infr. de ver. sig.* quia de eo posita erat quæstio hoc loco. Et præterea olim non facile eveniebat, ut impubes filiusfamilias iudicio ageret, cum fere quidquid is qui in potestate est, acquireret, id patri acquireretur *L. placet, infr. de acq. her. L. 1. in princ. infr. si a par. quis man. sit.* Sed non minus et hoc de impubere filiofamilias intelligendum est, si quando res feret, ut suo nomine litem contestetur. Denegatur hoc iusiurandum ætati, non statui personæ. Et si iuris personæ hic ulla ratio haberetur: facilius quid tribueremus sui iuris facto, quam ei qui est in patris potestate. arg. in *L. ult. §. 1. infr. de ver. obl.* Et certe omnis paterfamilias, hoc ipso quod sui iuris est, plus iuris habet, quam qui est in patris potestate: cum potestas patris libertatem personæ minuat. Non dubium igitur, quin hoc ius ad omnem impuberem pertineat, et maxime si sit in potestate. Finge filiofam. impuberi delatam esse hereditatem matris, quæ iam olim etiam temporibus Ulpiani quæsita, ad filium pertinuit. *L. pen. infr. ad S. C. Tertyl.* finge aliam quamlibet hodie esse delatam, patrem autem aut nolle filio adeunti consentire, aut non posse, quia sit furiosus: ideo impuberem qui aliquem intellectum habuit, hereditatem adiisse, atque hoc modo sibi quæsiisse: quod illi per constitutiones facere conceditur, et quidem ita, ut nihil hinc patri acquiratur, *L. ult. §. sin autem in secunda, C. de bo. quæ lib.* Si impubes ex his bonis quid persequatur iudicio: ut maxime litem suo nomine sit contestatus, quod patre consentiente potest, ut et ad consentiendum pater cogitur: *d. L. ult. §. 1. in fin. C. de bo. quæ lib.* tamen ne sic quidem in litem iurare poterit, quamvis genus actionis hoc iusiurandum admittat: ut quia in rem agatur, aut ad exhibendum. *L. 5. infr.* Ætati, ut dixi, hoc denegatur, non statui personæ: et ætati propter ignorantiam ætatis et inopiam iudicii: quæ in omnibus impuberibus est eadem. Recte autem fit, si hoc iusiurandum illi ætati non permittitur: est enim de re æstimanda. Hanc ille pro ætate recte æstimare non potest: quoniam neque veram æstimationem satis novit: et si de affectu eius quæritur, aut illius nulla affectio est in rem petitam, aut est immoderata, nec sensu utilitatis aut commoditatis, quæ inde percipi potest, regitur. Sed cur pupillus de lite tota iurare potest, et servandum est iusiurandum: *L. qui iurasse, supr. de iur.* iurare autem in litem, idest, in litis æstimationem non potest? Quia prius fit deferente adversario, eoque et volente, nec aliter impuberis iusiurandum valet. Unde et iusiurandum omne, quod non est in litem, dicitur ex conventione proficisci, et valere propter conventionem. *d. L. qui iurasse, §. ult. L. sed etsi servus, supr. de iur.* Volenti non fit iniuria. *L. nemo videtur, infr. de reg. iur.* At iusiurandum in litem a iudice defertur invito adversario. Adversus invitum concedi non debet, quod speciem habet iniuriæ. Sed cur in impubere non distinguimus, utrum infans sit, necne: ut ei qui infantiam excessit concedamus iurare in litem: sicut et alias ei conceditur quidvis gerere quo sibi acquirat. *§. pupillus, Inst. de inut. stip.* cum et hoc iureiurando pupillo acquiratur? fit hoc eadem ratione, qua superius. Acquirere enim potest, quod datur a volentibus: iusiurandum autem in litem non est nisi adversus invitum. Hæc de impuberibus. † Quid adolescentes? nam et horum iudicium non 4
satis firmum esse constat: unde et si quid gesserint, in integrum restituuntur. *L. 1. supr. de minor.* Et de his non idem placuit. De quibus sic Ulpianus in hac L. §. 1. in fin. *adolescens vero si velit, iurare potest.* Nec mirum: plus enim iudicii est in adolescente. Certe tantum intelligentiæ capit ea ætas, ut aliorum monitu de rebus communibus, earumque æstimatione possit iudicare. Et vero in omnibus quæ iudicio administrantur, ubique impuberes a puberibus distingui videmus; illa ut puberibus tribuantur, adimantur impuberibus. Impubes testamentum facere non potest, quia res iudicii est testamenti factio: *§. præterea, Inst. quib. non est per. fac. test.* pubes potest. *L. qua ætate, infr. qui test. fac. poss.* Pupilli sine tutoris auctoritate consensu obligari non possunt, sive tutores habeant, sive non habeant. *Inst. de auct. tutor.* Adolescentes obligantur, si non habeant curatores. *L. 3. C. de int. rest. min.* Inde et pupillos in tutorum potestate esse placuit, velint nolint: *§. pen. Inst. de act. tut.* Adolescentes autem inviti curatores non accipiunt, præterquam in litem. *§. item inviti, Inst. de cur.* Valuit distinctio et ratio etiam in hac caussa, dum adolescentibus tribuitur, ut in litem iurare possint; quod pupillis denegatur. Quod ait Ulpia-

pianus adolescentem in litem iurare posse, et addit, si velit: satis aperte significat, si nolit, non cogendum. Id quoniam de adolescente tantum dicit, dubitari potest, num sit proprium adolescentis, et recusato pro potestate iureiurando, quomodo actori de æstimatione litis credatur. Sed hoc alterius loci est, et ad libertatem aut necessitatem huius iurisiurandi suscipiendi pertinet. Cuius necessitatis cum mentio fiat in *L. ult. infr.* ibi convenientius exponetur. Hæc de minoribus tantum dicta sunt: quia in hos solum cadit iusta dubitatio, cur putentur posse iurare, quamvis sint pupilli; aut non posse, quamvis sint adolescentes: illi, quia eorum aliquis intellectus et aliquod iudicium est, quam ob caussam et in negotiorum administratione multa illis concessa sunt; hi quia non ita firmo iudicio sunt præditi, ut omnia recte æstimare aut tractare possint: unde illis parata re-
5 stitutio in integrum. † De furioso, mente
capto, prodigo, infante nihil hoc titolo cautum legimus. An quod solus pupillus, de quo hic dicitur, in litem iurare non potest, superiores autem possunt? Imo ideo, quia supervacuum fuit monere hos in litem non posse iurare: cum constet omnes aut mente, aut intellectu et iudicio carere, et hactenus in eadem caussa haberi, *L. in negotiis*, *L. furiosi*, *infr. de reg. iur.* §. *pupillus*, *Inst. de inut. stip. L.* 1. §. *ult. infr. de obligat. et act.* ut vel natura ipsa admoneat, cum alia gerere non possint, multa minus posse eos iudicio affirmare quid de re aliqua, nedum possint rem æstimare, aut de eo confirmare iureiurando. Sed et hi excipi non debuerunt: quoniam satis verbis definitionis superioris excluduntur. Illa enim admittit ad iusiurandum in litem solum actorem, et eum qui suo nomine litem sit contestatus. Furiosus, mente captus, et infans ut alia negotia gerere non possunt, sic multo minus iudicio agere, et litem contestari. *L. in negotiis*, *de reg. iur.* Prodigum etiam metus collusionis, et profundendæ actionis furioso similem facit. L. *his qui*, *in fin. infr. de tut. et cur.* L. *furiosi*, *de reg. iur.* eoque et a iudicio exercendo removet. Ita ex his, qui sunt domini litis, et litem suo nomine contestati sunt, solus excipitur impubes, qui in litem iurare non possit, cæteris hoc conceditur.

Quid hi, qui litem suo nomine contestati non sunt? hos omnes superior definitio ab hoc iureiurando excludit, etiam si sint sanæ mentis homines et intelligentes, atque adeo litem contestando domini litis effecti sint. Hinc quæstio hoc loco tractata, in tutelari caussa quis iurare possit: nam pupillum ipsum iurare non posse iam diximus, idque pro certo sumit hoc loco Ulpianus: et tamen pupillo consuli æquum est, ne ætas noceat, quæ solet illi subve-
nire. *L. non eo*, *C. de proc.* † Tutelarem 6
caussam aperte non vocat Ulpianus caussam in qua de tutela agitur, idest, qua pupillus adversus tutorem agit tutelæ: non solum quod constante tutela cum tutore tutelæ agi non potest: *L. nisi finita*, *L. si tutor*, 9. §. *si testamento*, §. *ult. infr. de tut. et rat. dist.* sed etiam quod, etsi agere liceret, tamen in ea actione tutor reus est, et non ipse iuraret in litem, sed adversus eum iuraretur ab actore. Nunc autem Ulpianus eiusmodi caussam hic proponit, in qua postea tutorem ait iurare posse in litem. Non igitur eiusmodi caussam, in qua pupillus tutelæ agat, intelligit. Tutelaris caussa hic dicitur caussa exercitione quidem tutoris, ad tutelam tamen, seu ad rationem et administrationem tutelarem pertinens: quod ita fit, si pupilli quidem caussa sit emolumento, sed quam tutor, ut tutor, idest, pro ratione officii et tutelæ exerceat, idque ex persona sua, dum agit ipse, et rem in iudicium deducit, quod potest. *L.* 1. §. *ult. L. vulgo*, *infr. de admin. tutor.* Nam si res sit propria tutoris, nihil hæc ad tutelam pertineat, eoque nec sit tutelaris. Rursum si sit ita res pupilli, ut in ea pupillus ipse agat, etsi maxime agenti tutor auctoritatem præstet (quomodo etiam de re ad pupillum pertinente agi potest. *d. L.* 1. §. *ult. de admin. tut.*) tamen ne hæc quidem caussa sit tutelaris, ut quæ tota sit pupilli, et re seu emolumento, et exercitione. Finge ergo tutorem rem aliquam pupilli depositam repetere, aut rem pupilli vindicare, et per contumaciam rem non restitui, ut ob id lis iureiurando æstimanda sit adversus contumacem. Quis in litem iurabit? Nam, ut Ulpianus ait, *pupillus ipse iurare non potest*, et quidem hoc ipso, quod est pupillus: ut quamvis ipse suo nomine litem contestatus esset auctore tutore, tamen ne sic quidem iurare posset. Nemo ergo iurabit, et ità res peribit impuberi? an potius aliis concedendum est, ut iurent huius nomine? sed pupillo,
ut dixi, consulendum est. † Num ergo hoc 7
concedetur matri? et placuit nec matrem pupilli esse admittendam, etsi parata esset iurare, ut hic scriptum est. Non quod propter affectum in filium in immensum iuratura sit, ut Accursius putat. Alioqui nec acto-

actori ipsi in caussa sua permitteretur hoc iusiurandum: nec si *mater* tutrix esset, iurare posset in caussa filii quod hic sub persona aliorum *tutorum* negatur; sed quia mater, quæ *tutrix* non est, in caussa filii nec *domina* est *litis*, nec pro domina habetur. Et *certe* alius quam dominus sine iniuria *in litem* iurare non potest: nam si minoris rem æstimat, quam ex sensu domini, *domino* satis non fit: si pluris, fit reo iniuria. Restat tutor, cui videatur hoc iusiurandum committi posse. An ergo huic committetur? at ne hic quidem videtur posse iurare: quoniam rei dominus non est: dominum autem hic exigimus. *L. vulgo*, *infr.* Eadem quæstio est et de curatore in caussa adolescentis. Et de utroque statuit Ulpianus in §. 1. si iudicium inter ipsos, (supple et alios cum quibus iudicium intercedit) acceptum sit, et pro affectu erga minores suos hoc iusiurandum a iudice delatum suscipere non recusent, ius non obstare, quo minus iudicium hoc modo finem accipiat, idest, quominus illi ita iurent, ut cum iuraverint, iudex sequi iusiurandum: et tanti reum condemnare debeat. At enim tutor rei dominus non est. Revera non est; sed iure pro domino habetur, cum tutelam administrat. *L. tutor qui tutelam*, *infr. de adm. tut. L. qui fundum*, §. *si tutor*, *infr. pro empt. L. interdum*, §. *qui tutelam*, *infr. de fur.* Idemque de curatore dicendum est; quem placet pro potestate non minus rem adolescentis in iudicium deducere *L.* 1. §. *ult. infr. de adm. tut.* At illud certe iniquum est iurare ipsos de utilitate sua, cum domini non sint: in hoc autem iureiurando de utilitate iurantis agatur, non aliena. Huic obiectioni occurrit Ulpianus sub finem. §. 1. *non enim*, inquit, *ad suam utilitatem iurisiurandi referendæ æstimatio est*, *sed domini*: *cuius nomine tutelæ ratio postuletur.* Fatetur his verbis iniquum esse admitti istos ad iurandum in litem in caussa pupillari, si quidem rem ex sua utilitate æstimarent; sed eos de utilitate sua iurare negat, ad domini enim utilitatem æstimationem iurisiurandi referre debent, non ad suam: eiusque rei argumentum esse ostendit, quod domini nomine ratio tutelæ postuletur. Quasi diceret: tutor in caussa pupillari, idest, ad tutelam pertinente non debet iurare nisi ut tutor, seu quatenus tutelæ ratio patitur: ut proinde iusiurandum tutoris ad rationem hanc tutelæ accommodari debeat. At ratio tutelæ, quam quandoque finita tutela tutor reddere cogitur, postulatur nomine domini, et ideo huius solius utilitatem continet. Quo fit, ut iusiurandum quemadmodum rationem tutelæ, sic nec utilitatem domini excedere debeat, sed totum ad huius utilitatem referri. Recte autem dixit, et salva ratione Latini sermonis, *ad suam utilitatem referenda æstimatio*, cum videretur dicendum fuisse, ad eorum utilitatem. Nam in verbo, *referenda*, subaudire oportet, *ab his*: nempe tutoribus et curatoribus, de quorum officio in hoc iureiurando loquitur, et oratio sic accipienda, quasi ita scriptum esset: non enim ab his ad suam utilitatem iurisiurandi referenda æstimatio est: qua forma orationis recte usus est reciproco, *suam*, quod scilicet ad easdem personas rediret, quæ præcesserunt. † Sed iurabunt 8
isti in litem in caussa minorum suorum, si volent: invitos autem cogendos non esse iurare sæpe constitutum esse docet. *Grave enim*, idest, non ferendum, ac proinde iniquum videri, *invitos sub alieni compendii emolumento etiam anceps periurium subire.* Anceps, ut in re non satis illis perspecta, aut quam dubiam habeant. Iurant illi quidem in caussa pupilli vel adolescentis de calumnia. *L.* 2. §. *quod observari*, *C. de iur. prop. cal. dan.* sed ideo, quia de calumnia sua iurant, re sibi comperta: in qua ideo periurium anceps metuere non possunt. Sed et interdum in caussa minorum de re etiam ipsa controversa iurare coguntur. Verum hoc quoque ita, si agatur de re probe illis cognita: puta de fideicommisso ab ipsis relicto: quod non magis ignorare possunt testamento relictum, quam se tutores datos, ut est species. *L.* 5. *C. de reb. cred.* Cæterum de re ignota et facto alieno iurare ne in caussa quidem propria quisquam cogendus est. *L. Marcellus*, §. *iurare*, *infr. rer. amot.* et hoc propter metum ancipitis periurii, ut hic recte scriptum est.

† Adolescens vero) *Adolescens*, inquit, 9
iurare potest, *si velit.* Ergo si nolit, non cogitur, idque facit impune: non ut credatur ei iniurato; sed ut recusato iureiurando admittatur a I veram rei æstimationem legitimis modis probandam. Quid cæteri, quibus hoc iusiurandum delatum est, an iurare cogendi sunt? nam soli adolescenti hic tribuitur, ut iuret, si velit. Iam monui quæstionem alterius loci esse, et ad necessitatem huius iurisiurandi suscipiendi pertinere, quem locum ad *L. ult. infr.* attingemus.

Ad. §.

Ad §. Deferre autem

Deferre autem iusiurandum iudicem oportet. Cæterum si alius detulerit iusiurandum, vel non delato, iuratum sit, nulla erit religio, nec ullum iusiurandum, et ita constitutionibus expressum est Imperatoris nostri, et divi patris ejus.

SUMMARIA

1. *Iusiurandum in litem solus recte defert iudex.*
2. *Reus ipse etiam inutiliter defert: dum tamen id accipiatur, quod ex contumacia rei defertur.*

1 Deferre, inquit Ulpianus, *iusiurandum iudicem oportet. Cæterum si alius detulerit iusiurandum, vel, non delato eo, iuratum sit: nulla erit religio, nec ullum iusiurandum.* Ex quo intelligimus, etsi reus ipse detulerit, tamen ne sic quidem iusiurandum reo nocere, ut id iudex sequi cogatur: quia alius iusiurandum detulit, quam iudex, iudicem autem deferre oportet. Quid ergo sibi vult, quod idem definit in *L.* 5. *in pr. supr.* de iureiur. *omne omnino licitum iusiurandum, per quod voluit quis sibi iurari, idoneum esse, et si ex eo fuerit iuratum, prætorem id servare?* Loquitur nimirum ibi Ulpianus de eo iureiurando, quod a litigatore defertur adversario, ut aperte verba ostendunt. Ait enim: *per quod voluit quis sibi iurari*: sibi, inquam, non alii. Quod ad iusiurandum in litem non pertinet, ubi iudex iurari vult, non sibi, sed actori. Hic agit de iureiurando in litem, quod defertur a iudice, non a litigatore: idque ex eo manifestum est, quod *iudicem iusiurandum deferre oportere* ait. Nec quem moverit, quod absolute et generaliter iusiurandum nominat, nec addit in litem, sed ita scribit: *Deferre autem iusiurandum iudicem oportet.* Cum enim hoc toto capite ageret de iureiurando in litem, ac de eo dicere instituisset: iurisiurandi verbum ad id de quo agebatur, retulit, quasi dixisset: *deferre autem iusiurandum*, nempe hoc de quo agimus, *iudicem oportet.* Etsi autem neque ante nominavit in litem, neque etiam postea diserte nominat: tamen de iureiurando, de quo agit, ea dicit, quæ in aliud iusiurandum cadere non possunt. Quale est hoc primum, quod dicit iudicem id deferre oportere. Item, quod dicit hic *iurare in infinitum licere, et iudicem posse modum statuere iuriiurando.* Denique quod in extremo ait, *ex culpa non esse iusiurandum deferendum.* Quæ omnia in iusiurandum in litem solum conveniunt: neque id quodvis in litem, sed id quo lis ex contumacia non restituentis aut non exhibentis arbitrio domini æstimatur, etiam ultra rei pretium: quod per excellentiam absolute iusiurandum appellatur. *L.* 1. *sup. L.* 5. *L. tutor*, *infr. eod.* Ex quo apparet, hoc fragmentum inde sumptum fuisse, ubi Ulpianus de iureiurando in litem agere nominatim instituerat: cum autem satis haberet id proposuisse, deinceps nominasse simpliciter iusiurandum, ut intelligeretur id de quo quæsitum erat: atque hæc posteriora in hunc locum translata fuisse a compositoribus. Ubi non minus ex adiunctis propriis ipsum illud iusiurandum in litem, quod dixi, intelligitur. Hoc vero *iudicem deferre oportet: et si alius*, quamvis reus ipse *detulerit*, sententia Ulpiani manifesta est, *nullum esse iusiurandum*, idest, non id quod iudex sequi cogatur, aut ex quo invitus reus condemnari debeat. † Etsi alius 2
deferat, quam reus, expeditum est. At reo deferente, cur ei iusiurandum non noceat? Movet, quod aliud omne, quod non est in litem, adversus eum qui detulit, servari placet: non quod non sit in litem, sed quia ut iuris auctores tradiderunt, proficiscitur ex conventione, et speciem transactionis continet: ideo servandum propter religionem et conventionem, seu transactionem. *L.* 2. *L. sed etsi servus*, *L. qui iurasse*, *seq.* §. *ult. L. admonendi*, *supr. de iur.* et quod idem valet, quia æquum est adversus eum *custodiri*, *qui contentus eo*, *cum deferret*, *fuit.* d. L. qui iurasse, *in pr.* Concurrunt hæc omnia etiam in eo iureiurando, quod in litem a reo defertur. Nam et hoc defertur in controversia de æstimatione, et cum adversarius id detulit, eadem hæc religio et conventio est in iureiurando. Cur ergo, inquam, ob easdem caussas non pariter iusiurandum valeat, et adversus de-

ferentem servetur? contra, *L. illud*, *supr. ad L. Aquil.* Quia hoc amplius est in hoc genere, quam in aliis, quod aliud iusiurandum litis decidendæ caussa adhibitum, interponitur de re ad litigatorem omnino pertinente. In iureiurando hoc in litem etiam res iudicis agitur. Adhibetur enim, ut puniatur contumacia non restituentis, aut non exhibentis. *L.* 2. §. 1. *L. tutor*, *infr. eod.* Hæc contumacia adversus iudicem committitur, cui iubenti non paretur. Merito igitur iurisiurandi delatio ut in re maxime iudicis, arbitrio eius et potestati permittitur. Quæ omnia ostendunt, quod hic dicitur, iudicem hoc iusiurandum deferre oportere: sic dici de eo iureiurando, quod ex contumacia defertur, ut sit eius iurisiurandi proprium. Quare si ex culpa deferetur actori iusiurandum in litem id, quod eius interest, ut fit interdum: *L.* 2. §. 1. *supr.* L. 5. *in fin. infr. eod.* sciemus definitionem ad id iusiurandum non pertinere, nec quidquam prohibere, quominus reus recte id deferat, et cum detulerit, adversus eum ex generali regula superioris edicti servetur. *L.* 5. *supr. prox. tit.* quod semper ita accipiendum est, dummodo reus præsente iudice id deferat, ut in omni iudiciali iureiurando fieri debere præcipitur in *L. generaliter*, §. *omne igitur*, *C. de reb. cred. et iur.* Sed et illud, quod de priore iureiurando hic dicitur, nullum esse id iusiurandum, si reus detulerit, non iudex, sic accipiendum est: ut nullum sit, si quidem reus postquam iuratum est, eo teneri nolit. Cæterum si postquam detulit, et iuratum est, velit etiamnum iuriiurando stare, consentiatque, ut in eam æstimationem sententia feratur: non est in potestate iudicis id non sequi, quasi ipse iusiurandum non detulerit. Quoties enim convenit inter litigatores, quid pronuntietur, iudicis officium est huiusmodi sententiam proferre. *L. si convenerit*, *infr. de re iud.* Nec contrarium est, quod hic absolute nullum esse iusiurandum dicitur, quod a iudice delatum non est. Nam ne nunc quidem valet, cum iudex volente reo id sequitur. Non enim in eo sequitur iusiurandum, sed posteriorem conventionem: cum et sine hac nullum iusiurandum foret, et sine iureiurando si placeret actoris æstimationem servari, non minus iudicem hanc conventionem sequi oporteret.

Ad §. Jurare autem.

Jurare autem in infinitum licet. Sed an iudex modum iuriiurando statuere possit, ut intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta occasione, in immensum iuretur, quæro? Et quidem in arbitrio esse iudicis, deferre iusiurandum necne, constat. An igitur qui possit iusiurandum non deferre, idem possit et taxationem iuriiurando dicere, quæritur? Arbitrio sane iudicis bonæ fidei et hoc congruit.

S U M M A R I A.

1. *Quod in litem iuratum est, iudex sequi debet, etsi* in infinitum *reus iuraverit: et n.* 3.
2. In infinitum, *quid.*
3. *Taxationem adiicere potest iudex iuriiurando in litem ab initio: qua non adiecta iudex iusiurandum sequi cogitur, quamvis in immensum iuratum sit.*
4. *Taxatio quid, et maxime hoc loco.*
5. *Non deferre iusiurandum in litem an possit iudex, et quando.*

1 Hic locus est de vi iurisiurandi in litem, in quo quæritur, an iudex tanti reum condemnare debeat, quantum petitor in litem iuraverit, etsi in immensum iuraverit; an vero sit in potestate iudicis id iusiurandum non sequi. Sententia summa Ulpiani est *hoc* §. *et seq.* si quis deferente iudice iuraverit in litem quamvis in infinitum, iudicem tamen id sequi debere: nisi aut is modum statuerit, ad quem usque iuraretur, et actor hunc modum excesserit; aut magna aliqua caussa id non sequi suadeat: ut constet locus definitione una, cui adiunctæ sint duæ exceptiones. Ait ergo: *iurare autem in infinitum licet.* † *In infinitum*, valet, quod postea aliis 2
verbis explicat, *in immensum*, idest, etiam in eam summam, quæ longe rei pretium, ac pene modum in eo excedat: certa sit tamen et pronuntiatione finita, non incerta.

ta. Neque enim *infinitum* accipere debemus, de quo actor nihil iureiurando definiat, quasi liceat iurare hoc modo: fundum meum tanti æstimo, quantum dicere non possum. Quod ridiculum est: sive quod qui ita iurat, id dicit, quod non intelligitur, quod perinde est, quasi dictum non esset: *L. 2. infr. de his quæ pro non script. hab.* sive quod stultum est ita iurare, ut secundum id sententiam iudicis exspectes, ubi nihil certi dicas, iudicem autem sententiam certam ferre oporteat §. *curare*, *Inst. de action.* Est ergo, ut dixi, hic sensus: licere petitori iurare in quamcunque velit summam, etsi immensam: dum tamen certam dicat, ad quam litem æstimet. Cur ergo dicitur infinita? non quod pronuntiatione petitoris finita non sit; sed quod verbis legis sit infinita: quoniam quibus legibus de hoc iureiurando cautum est, certa quantitas non adiicitur, ad quam usque iuretur: sed sine ulla præfinitione iuris licet in hanc aut illam summam iurare. *L.*
3 *arbitrio*, *supr. de dol.* † Quod ait Ulpianus ita iurare licere, significat ita licere, ut cum iuratum fuerit, iusiurandum servandum sit, et iudex id sequi debeat: neque enim licet, nisi quod iure licet: et quod iure fit, ratum est; ut, quod contra ius, irritum. *L. non dubium*, *C. de leg.* Idque ex similibus orationibus licet intelligere: ut, cum dicimus licere pacisci contra edictum ædilium. *L. pacisci*, *supr. de pact.* item, licere creditori pignus distrahere. *L. 4. infr. de pig. act.* quorum utrumque ita dici constat licere, ut et illic pactio, et hic venditio et alienatio rata sit. Sed ne non necessarias probationes aliunde accersamus, ubi hoc ipso loco constet de sententia auctoris: ipse Ulpianus in §. *seq.* definit magis esse, ut iudex possit hoc iusiurandum non sequi, sed ex magna caussa. Quo aperte confirmat, nisi hæc magna caussa sit, non posse iudicem, quin id sequatur, quantumvis actor pretium rei, ac modum etiam expresserit. arg. *L. si quis*, §. *ult. supr. de eden. L. quod dictum*, *infr. de pact.* Quod ipse idem apertius expressit in *L. qui restituere*, *supr. de rei vind.* cum ait, si possessor dolo fecerit, quominus posset rem restituere, damnandum eum esse, *quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit.* Ut quamvis excesserit actor duplum rei petitæ, aut triplum, atque adeo quadruplum: tamen non dubia sit sententia Ulpiani, iudicem nisi quæ magna caussa prohibeat, id sequi oportere. Neque id mutavit constitutio Iustiniani. *L. unic. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* qua cautum est, ne id quod interest egrediatur duplum rei in obligationem aut petitionem deductæ. Non enim hoc iusiurandum est in id, quod actoris interest, sed quanti actor rem æstimet, idque pro arbitrio et ex affectu: quæ res inter se ut contrariæ opponuntur. *L. tutor*, *infr. eod. L. non a iudice*, *supr. de iud.* Sed et in hoc iureiurando contumacia non restituentis punitur. *d. L. tutor*, *infr.* cum hoc expedit metui delicti pœnam: *L. si unus*, §. *pacta*, *supr. de pact.* tum vero lex Justiniani ad casus incertos, in quibus sunt delicta, non pertinet, ut ad eam legem docuimus.

Ait, sed an judex modum jurijurando statuere possit). Prior exceptio est superioris definitionis. Licet in infinitum iurare, ut servetur iusiurandum; nisi iudex modum statuerit iuriiurando, ad quem usque iuretur: tum enim ultra iurare non licet: *L. si quando*, *C. unde vi*, et si iuratum sit, hactenus nullum est iusiurandum, quasi nec delatum, hac *L.* §. *deferre*, *supr.* Hoc tamen ita, si possit iudex hunc modum statuere. Unde an possit, quærit Ulpianus. Non abs re. Non enim id iudicem posse statim dixeris. Repugnare videntur leges, et ea edicta quæ sunt de hoc iureiurando: quibus cavetur reum tanti damnandum, quanti actor in litem iuraverit, nec ulla certa quantitas adiicitur. *L. arbitrio*, *in pr. supr. de dolo*, *L. tutor*, *infr. eod. L. si filiofam.* §. 1. *infr. sol. mat. L. si cum dos*, §. *ult. infr. rer. amo.* quæ verba omnem taxationem excludere videntur. Et probat Ulpianus posse iudicem statuere hunc modum, ut inter certam quantitatem iuretur, quam excedere non liceat: nempe ut dicat hoc modo: video te æstimare fundum tuum octingentis aureis: nimium hoc est. Licet tibi in litem iurare, dum ne ultra sexcentos aureos. Ac ne forte propter superiora verba legum aut edictorum de eo dubitetur, utitur hoc argumento, quod iudex possit a principio nec iusiurandum deferre: quod et dicitur in *L. 5. seq.* Quod si verum est, recte colligit. Nam qui potest non deferre in totum, multo magis potest pro parte non deferre: Argumentum illi simile: Si re nondum secuta ab emptione abiri potest, cur et pars eius pactione mutari potest? *L. iurisgentium*, §. *adeo*, *supr. de pact.* Pro parte autem tantum iusiurandum in litem non defertur, cum taxatio iuriiurando adiicitur. Sed *et arbitrio bonæ fidei iudicis*, inquit, *hoc congruit.* Hæc ille ad hanc sententiam.

Quæ

Quæ amplius consideranda sunt. Est enim, quod dubitetur non solum de exceptione ipsa et verbis exceptionis, sed multo magis de superiore ratione, vixque esse videtur, ut hæc defendi possit. Exceptio hanc definitionem habet, iudicem posse taxationem adiicere iuriiurando, ultra quam frustra iuretur. Videndum, ne idem Ulpianus hoc neget in *L. qui restituere, supr. de rei vind.* ubi hæc verba eius leguntur, quæ iam ante retuli: *si reus dolo fecit, quominus possit rem restituere, damnandum eum, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit.* Sed nihil in illis verbis non maxime cum hoc loco consentiens. Negaret illis verbis, quod hic definit, si diceret reum damnandum sine ulla taxatione: cum hic dicat taxationem a iudice adhiberi posse, quam postea idem iudex in sententia sequatur. Nunc autem dicit reum damnandum, quantum adversarius *sine ulla taxatione iuraverit*, ut hæc verba, *sine ulla taxatione*, non ad iudicem damnantem, sed ad adversarium iurantem referantur. Sic res habet, ut cum iuravit actor sine ulla taxatione, idest, nulla taxatione a iudice præfinita, iudex hoc ipsum sequi, et tanti reum damnare debeat: aliter atque si taxationem in deferendo adiecerit. Quod ille non modo non negat hoc loco; sed maxime confirmat. Ait enim licere in infinitum iurare: et hoc solum excipit, nisi iudex iuraturo quantitatem certam præfinierit, intra quam iuraretur. Sed enim et hoc ipsum ex verbis huius loci in dubium revocatur, an cum actor sine ulla taxatione præcedente iuravit, debeat iudex tanti reum damnari, nec possit iurisiurandi quantitatem minuere. Ac potius verba contrarium efficere videntur. Scribit enim Ulpianus simpliciter, iudicem posse taxationem iuriiurando adiicere, nec adiicit, quando possit, utrum ante, an post iusiurandum. Unde argumentum ex generalitate orationis iuris auctoribus usitatum duci videtur, ut definitio ad utrumque tempus generaliter referri debeat: et quamvis sine ulla præfinitione in infinitum iuratum sit, non tamen necesse habeat iudex id sequi; sed possit etiam post iusiurandum taxatione adhibita reum minoris condemnare, arg. in *L. metum*, 9. §. *animadvertendum, supr. quod met. caus.* L. *item veniunt*, §. *a quo, supr. de her. pet. L. de pretio, supr. de publici.* Quod et vulgo interpretes hoc loco admiserunt. Quod si recipimus, iam nihil caussæ est, cur non contrariam illam eiusdem sententiam putemus, cum ait reum ex dolo non restituentis tanti damnandum, quanti adversarius in infinitum iuraverit: *d. L. qui restituere, supr. de rei vind.* etsi maxime illic adversarium sine ulla taxatione præcedente iurasse interpretemur. Non enim reus necessario in infinitum et sine ulla taxatione damnandus est, si est in potestate iudicis etiam post id iusiurandum reum ita non damnare.

Quo fit, ut de sententia horum verborum, POSSE IUDICEM TAXATIONEM JURIIURANDO ADIICERE, vel hoc nomine diligentius cognoscendum sit. Minime vero in his verbis ac toto hoc loco hæc Ulpiani sententia est, posse iudicem post iusiurandum interpositum modum iuriiurando adiicere, ubi nulla taxatione ab initio præfinita iuratum est; sed solum posse ab initio tunc cum iusiurandum defert, ut nisi id fecerit, iam omnino iusiurandum sequi debeat, nisi ex magna caussa: quo sensu iam dixi inter hos locos optime convenire. Manifesta autem hæc eius sententia est ex §. *seq.* ubi aperte dicit iudicem qui iusiurandum detulit, non posse non sequi id nisi ex magna caussa, et postea repertis probationibus: loquiturque non obscure de eo, qui aut nulla taxatione præfinita iuravit, aut præfinita quidem, sed constitit intra taxationem: ut si iusiurandum minuendum sit postea, non possit minui ob præcedentem taxationem adiectam. Hoc autem ait iudicem minuere aut reiicere non posse, et solum magnam caussam ac repertas postea probationes excipit: de quo illic plura. At enim Ulpianus simpliciter hic dicit, iudicem posse taxationem adiicere iuriiurando, nec quidquam distinguit. Non recte movemur his verbis, ut putemus eam generaliter dicere, iudicem posse modum adiicere iuriiurando quovis tempore, etiam postquam iuratum est. † Nam 4
neque verbum taxationis generale est, ut ad posterius quoque hoc tempus pertineat; et si pertineret: non est tamen hæc mens Ulpiani, ut ad id referri debeat. Taxare non est minuere id quod factum est, sed modum statuere rei futuræ: et ut Festus significat *Lib.* 17. taxatio est, cum quid alicui faciendum permittitur, sed certo præstituto modo, ad quem usque illi in eo progredi liceat. Ait enim taxationem dictam, cum arbitro præscribebatur, quod ius ei esset statuendi: ut taxationem adiicere iuriiurando sit, non detrahere de eo quod iam iuratum est, sed facere iurandi potestatem certa præfinita quantitate, intra quam iuretur: quod fit re integra, et nondum secuto iureiurando. Atque hanc vim et signi-

gnificationem esse taxationis, quæ iuriiurando in litem adiicitur, aperte declaratur in *L. si quando*, *C. unde vi.* Ubi de hac taxatione ita scribitur, ut taxatio præcedat, iusiurandum in litem sequatur ita, ut actori non liceat ultra taxationem a iudice, ante factam iurare. Apertius Iustinianus hoc de voce taxationis confirmat *Novel. de iudicib.* §. *oportet*: vel ut in versione Holoandri §. *ut autem.* Scribit enim in hanc sententiam: si iudex victori iusiurandum de expensis deferat, ad quantitatem scilicet, quæ moderata illi videtur, quam leges taxationem vocant, et quæ sequuntur. Interdum tamen taxatio æstimationem significat, ut *L. cum propria*, *in fin. C. si quis alt. vel sibi*, iuncta *L. non ignoret*, *C. de fruct. et lit. exp. et in* L. 4. *C. de act. em.* quæ significatio huc non pertinet. Faciamus tamen non ita esse, sed taxationis verbum esse generale, et taxationem adiicere iuriiurando: attamen si Ulpianus de taxatione futuro tantum iuriiurando adiicienda sentit, cum de mente auctoris constat, nihil amplius quærendum est. Neque enim verba captare oportet, sed qua mente quidque dicatur, animadvertere, et id sequi convenit. *L. pen. sup. ad exhib. L. non aliter*, *infr. de legat.* 3. At hoc sentire eum ex contextu orationis apparet. Quæstio enim ab illo proponitur, an possit iudex modum iuriiurando statuere: non utique præterito, sed solum futuro. Subiicit enim, *ut intra certam quantitatem iuretur.* Ut iuretur, inquam, nempe postea, non ut ante iuratum minuatur, et continenter: *ne arrepta occasione*, *in immensum iuretur.* Non metuimus, ne in immensum iuretur, postquam iuratum est, sed ante quam iuretur, ubi res adhuc est integra. Et adversus hunc metum vult superiorem modum adiici: proinde rebus adhuc integris, et ad frenandum futurum iusiurandum. Hanc quæstionem in toto hoc responso non mutat, sed de ea sola respondet, cum ait ad extremum, *arbitrio bonæ fidei iudicis etiam hoc congruere.* Quod enim ita interrogat postea: *an igitur qui possit iusiurandum non deferre*, *idem possit et taxationem iuriiurando adiicere*: non nova quæstio est, cum de priore nihil dum respondisset; sed conclusio elata per dubitationem, qua ex ratione quam prius interposuerat, et adiuncta interrogationi velut assumptione intelligi vult, posse iudicem facere id de quo quæritur. Est enim hæc collectio Ulpiani: constat esse in arbitrio iudicis non deferre iusiurandum. An non igitur, qui hoc potest, poterit et taxationem iuriiurando adiicere? Quasi diceret, poterit; cum plus sit in totum non deferre, quam delato modum aliquem statuere. Et hoc deinde confirmat apertius, cum ita subiicit: *arbitrio iudicis bonæ fidei etiam hoc congruere*: etiam hoc, nempe ut et illud *non deferre.* Quod si in hac quæstione posteriore inest aut conclusio de quæstione initio proposita, aut argumentum eius conclusionis et responsionis futuræ: necesse est in ea easdem res intelligi, quæ fuerant in quæstione, ut de re proposita recte vel concludatur, vel respondeatur. Quaré quod deinde quærit Ulpianus, an iudex *possit taxationem iuriiurando adiicere*, plane nihil aliud est, quam id de quo initio quæstionem posuerat, *an possit statuere modum iuriiurando*, *ut intra certam quantitatem iuretur*: quod et iudicem posse addita argumentatione significat, ac deinde aperte exprimit.

Sententiam Ulpiani de exceptione tenemus: quæ hæc est, posse iudicem modum iuriiurando statuere; sed modum ab initio, quem actori postea iurando excedere non liceat, qui modus dicitur taxatio. Fieri eo modo, ut si actor eum excesserit, iudex ultra taxationem adiectam reum damnare non debeat. † Sed nondum hæc sententia 5
constituta est. Pendet enim Ulpiano ex hac ratione, quod possit iudex ab initio iusiurandum nec deferre, ut et Marciano in L. 5. *seq.* ut si ratio falsa est, necesse sit et sententiam, quæ illa ratione nititur, everti. Atqui rationem falsam esse, multis modis probari posse videtur. Primum traditur alibi multis locis constanter, cum res petita non restituitur, si quidem culpa rei: damnandum eum quanti res est, seu quanti actoris interest; sin dolo, debere rem æstimari, et reum damnari, non quanti res est, sed *quanti adversarius in litem iuraverit.* L. qui restituere, *supr. de rei vind. L. non a iudice*, *supr. de iud. L. tutor*, *infr. eod. L. si filiofa.* §. 1. *supr. sol. mat.* L. *si cum dos*, §. *ult. infr. rer. amot.* Hæc verba, debere rem, *tanti æstimari*, debere reum *tanti damnari*, rem significant, non voluntati iudicis permissam, sed subiectam iuris necessitati, ut quamvis ista nolit, tamen iure pro officio facere cogatur: ut et illa curare debet iudex, ut certam sententiam ferat: §. *curare*, *Inst. de act.* Item, observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus, aut moribus proditum est. *Inst. de offic. iud. in pr.* Ob dolum ergo et contumaciam non restituentis ita eum condemnare iudex debet, quanti in litem iu-

iuratum est, ut id facere necesse habeat. Non potest autem condemnare hoc modo, nisi prius ipse iusiurandum actori detulerit: quoniam nullum hoc iusiurandum est, nisi et delatum, ut proximo §. traditum est. Deferre ergo et hoc iusiurandum cogitur. Nec quisquam dicat, in his verbis, *reum damnandum quanti actor in litem iuraverit*, inesse conditionem, si quidem actor in litem recte iuraverit, eoque si et iudex iusiurandum detulerit, arg. *L.* 6. *infr. de legat.* 1. ut hoc ipsum relinquatur in potestate iudicis, utrum velit iusiurandum deferre, necne, arg. *L. si quis sub*, *infr. si quis omiss. causs. test.* Hoc enim in superiore definitione actores iuris sentiunt, non solum reum tanti damnandum esse, si actor in litem iuraverit, sed etiam actori iusiurandum in litem deferendum, ut tanti reus damnetur. Non enim solum dicunt reum damnandum, quanti in litem iuratum est; sed hoc amplius adiiciunt non esse damnandum, quanti res est, sed quanti in litem iuratum est. *d.* L. *non ab iudice*, *supr. de iud. d. L. tutor*, *infr. hoc.* Unde licet hoc modo colligere: Si potest iudex iusiurandum in litem non deferre, poterit et rem æstimare solum, quanti est, et tanti solum reum condemnare. At hoc iudex facere non potest, sed cogitur reum tanti damnare, quanti in litem iuratum est. Neque porro ita potest damnare, nisi iureiurando prius a se delato: proinde et hoc ipsum iusiurandum deferre cogitur. Idem probant rationes superioribus locis quibusdam adiectæ. Ideo reus damnandus est, quanti in litem actor iuraverit: quia non est æquum pretio, idest, quanti res est, litem æstimari: et quod idem est, quia non est æquum quemquam invitum suo pretio res suas vendere. *L. tutor*, *infr. eod. L. si cum dos*, §. *ult. et L. non enim*, *seq. infr. rer. amot.* Iniquum igitur reum dolo non restituentem solum damnare in verum pretium rei, seu quanti res est, et quoniam iniquum, ideo iudex ita reum damnare non potest, ne contra æquum, idest, contra ius faciat: quod illi facere non licet. *Inst. de off. iud. in pr.* At potest iudex ita damnare reum, si licet ei iusiurandum non deferre: quoniam extra hoc iusiurandum nulla est æstimatio nisi quanti res est, seu quanti actoris interest. *L. non ab iudice*, *supr. de iud.* Non licet ergo iudici in hac contumacia hoc iusiurandum non deferre. Apertius confirmat necessitatem huius iurisiurandi deferendi. *L. tutor*, *infr. eod.* Nam præterquam quod Marcellus ait, *non esse æquum pretio*, *idest*, *quanti res est*, *litem æstimari*: addit etiam, ideo reum dolo non restituentem *condemnari debere*, *quanti in litem iuratum fuerit*, *quia contumacia punienda sit*, *et arbitrio potius domini rei pretium statuendum.* Contumaciam puniendam esse, et pretium arbitrio domini potius statuendum, sine alia conditione dicuntur, ubi constat contumaciam non restituentis præcessisse, et de pretio rei æstimando agitur: suntque hæc verba non voluntatis et arbitrii, sed necessitatis: quibus significatur iudicem ista facere debere. Iam autem dixi iudicem non posse damnare reum, quanti in litem iuratum erit, ut hoc modo contumaciam rei puniat, et pretium arbitrio domini statuat, nisi prius deferat hoc iusiurandum in litem, quo utiliter iuretur: unde postea tanti litem æstimet. Ex quo efficitur non minus iudicem et hoc ipsum iusiurandum in hac contumacia actori deferre debere, Quid verbis opus est? Ibidem Marcellus ait contumaciam rei puniendam, et pretium arbitrio domini statuendum, nominatim hoc addito, ut dicat hæc facienda esse, *potestate petitori in litem iurandi concessa*, quod nihil aliud est, quam iudicem hanc prius potestatem petitori concedere debere, ut deinde superiora ex hoc iureiurando sequantur. Quid est autem potestatem iurandi in litem facere, nisi deferre iusiurandum in litem? Quare hoc quoque aperte Marcellus dicit, iudicem ad contumaciam non restituentis puniendam hoc iusiurandum deferre debere. Quid ergo est, quod hic dicitur, et in L. 5. *seq.* esse in potestate iudicis *hoc iusiurandum nec deferre*? Et recte utrumque ex sententia loquentium diversis conditionibus. Si de facto, quod superioris condemnationis caussa est, idest, de dolo et contumacia possessoris constet: non est in potestate iudicis *hoc iusiurandum non deferre.* Ut nec illud est in potestate eius, contumaciam non restituentis de qua constet, non punire, aut in hac contumacia pretium rei arbitrio domini non statuere. Utrumque enim iniquum, et contra ius. *d. L. tutor*, *infr. hic. d. L. non enim*, *infr. rer. amot.* Non licet autem iudici contra quam ius et æquum est, iudicare. *Inst. de off. iud.* et maxime in his iudiciis id observatur, in quibus iuratur in litem. Aut enim bonæ fidei sunt, aut arbitraria, ut dicetur ad *L. 5. seq.* maxime in *vers. extremo.* Utrum horum erit, ita in his fit iudici libera potestas iudicandi, ut tamen facere id iubeatur ex æquo et bono. §. *in bonæ*, §. *præ-*

§. *præterea*, *Inst. de act.* Quod si de facto et contumacia ambigatur, aut de ea non satis liqueat: ibi valet, quod hic dicitur, posse iudicem non deferre iusiurandum, ut de facti quæstione ipse statuat: quod et verum est. Quippe facti quæstio in potestate iudicantis est, ut dicat possessorem dolo facere, et contumacia, aut culpa tantum; iuris autem quæstio non est, sed legis auctoritati reservatur, ut Papinianus eleganter scripsit. *L.* 1. §. 1. *in fin. infr. ad Turp. L. ordine*, *in pr. infr. ad municip.* Sic et in *L.* 2. §. *si quis iudicio*, *supr. si quis caut.* ei qui tempestate, vel vi fluminis prohibitus se sistere non potuit, exceptionem dandam esse traditur. Hoc tamen ibidem paulo post in §. *si quis tamen*, ita temperatur, ut dicatur caussa cognita esse statuendum, non ut quæratur de iure, si constet eum sine culpa sua incidisse in tempestatem; sed ut statuatur de facto, num cum posset non incidere in tempestatem, ipse se iactaverit. Ad id autem efficiendum, quod vult hoc loco Ulpianus, sufficit dici, posse iudicem non deferre iusiurandum in litem solum in quæstione et controversia facti: ne quis eam interpretationem collectioni huius loci non convenire existimet. Ut enim licet iudici, cum de facto quæritur, statuere, utrum per contumaciam res non restituatur, an non; atque ita iusiurandum in litem deferre, aut non deferre, prout contumaciam intervenire, aut non intervenire statuet: ita licet ei contumacia ipsa comperta et dolo æstimare, quanta sit contumacia et quantus dolus, et ex eo, quod de qualitate facti cognoverit, iurisiurandi quantitatem moderari: neque enim in hac contumacia omnes eodem modo peccant, sed alii aliis gravius. Sed et ex sermonibus petitoris animadvertere potest iudex, quo sit affectu actor in hac æstimatione, et utrum animo suum consequendi, an vero nocendi, aut ulciscendi aliqua cupiditate ducatur. Quare erit et hoc iudicis id ipsum æstimare, et non committere, ut in hoc fervore omnia libidini actoris permittantur. Hoc vero est, quod recte hic dicit Ulpianus *arbitrio iudicis bonæ fidei congruere.* Vere enim hæc perpendere, officio boni iudicis congruit. Addidit *bonæ fidei*: non ideo tantum, quia forte de iudicio bonæ fidei quæstionem instituerat; sed quia maxime in iudiciis bonæ fidei libera potestas permitti videtur iudici ex bono et æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. §. *in bonæ*, *Inst. de act.* Sed non minus et in actionibus in rem, itemque ad exhibendum, quæ iudicia arbitraria sunt, hæc potestas aut huic proxima iudici tribuitur in §. *præterea Inst. de act.* Ex quo intelligendum est sententiam Ulpiani de potestate taxationis iuriiurando adiiciendæ, non ad iudicia tantum bonæ fidei, sed etiam ad alia omnia, in quibus in litem iuratur, pertinere: quod et in *L.* 5. *seq.* expressum est.

Ad §. Item videndum.

Item videndum, an possit judex, qui detulit iusiurandum, non sequi id, sed vel prorsus absolvere, vel etiam minoris condemnare, quam iuratum est. Et magis est, ut ex magna caussa, et postea repertis probationibus possit.

S U M M A R I A.

1. *Et ex magna caussa potest iudex non sequi iusiurandum in litem.*
2. *Magna caussa, quæ.*

1 Altera exceptio est definitionis propositæ, qua statuit Ulpianus, etsi iudex nullam taxationem iuriiurando adiecerit, aut taxatione adiecta intra eum modum iuratum sit: posse tamen iudicem delatum a se iusiurandum non sequi *ex magna caussa, et postea repertis probationibus.* Ita prior exceptio est de eo, qui taxatione iuriiurando adiecta, ultra eam iuravit. Posterior hæc de eo, qui iurando adversus delationem iudicis nihil fecit, sive quod nulla taxatione a iudice præfinita iuravit, sive quod taxatione adiecta constitit intra præfinitum modum. Quod ni ita esset, non diceret Ulpianus iusiurandum id, de quo agit, reiici tantum posse *ex magna caussa.* Nam ubi taxatio iuriiurando adiecta est, et hanc actor excessit: hacte-

hactenus iusiurandum tanquam nec delatum statim non valet, nec alia caussa sive magna sive parva ad id repudiandum est opus. Sed tamen etsi ex delatione iudicis iuratum sit, placet posse iudicem nihilominus et hoc iusiurandum non sequi; *ex magna tamen caussa, et repertis postea probationibus.* Ni sit ergo hæc magna caussa: nihil relinquitur iudici ex hoc loco, nisi ut iusiurandum, cui taxationem nullam adiecit, aut adversus cuius taxationem iuratum
2 non est, sequatur, ut antea ostendimus. † Magnam caussam accipimus, si quid emergat postea, uno aperte reiiciatur iusiurandum: repertas autem postea probationes eas, quibus idipsum recte probetur. Magna et iusta hæc caussa est, si doceatur aut possessorem non desiisse dolo possidere, ut videbatur: aut petitorem non esse dominum fundi, ut se esse intendebat. Horum enim utrumque per se iusiurandum excludit, et si adversus ea iuratum sit, iusiurandum fit iniustum. Nam neque iuratur in litem adversus eum, qui ex culpa possidere desiit, ut est in *vers. seq.* neque ei qui dominus non est, aut cuius de iure non agitur, iusiurandum hoc defertur. *L. tutor*, *infr.* de quo ad *L.* 5. *seq.* Quoniam autem fieri potest, ut possessor in totum per contumaciam rem petitam non restituat; interdum tantum pro parte; itemque ut petitor rei petitæ in totum dominus non sit; interdum non sit dumtaxat pro parte: hinc eveniet, quod hic Ulpianus significat, ut prout de his postea constiterit, ita iudex iusiurandum aut in totum, aut pro parte non sequatur. Quod ita fiet, ut ille scribit, ut illic quidem iudex reum prorsus absolvat, hic autem minoris condemnet. Congruit hæc sententia cum iis constitutionibus, quibus cautum est, iusiurandum a iudice solo delatum, etiam sententia sequuta, repertis postea novis instrumentis retractari posse. *L. admonendi*, *supr. de iureiur.* Confirmatur maxime in *Novel. de iudicib.* §. *oportet.* Ubi ita cautum est: *si iudex victori iusiurandum de expensis deferat ad quantitatem quæ illi moderata esse videtur, quam leges taxationem vocant, ac victor iuret: ne iudici liceat in minorem summam, quam iuratum est, condemnare, neque humanior videri velit, quam lex quæ ista constituit.* Aperte iuriiurando in litem, in quo nihil fiat adversus delationem iudicis, stari vult constitutio, idque ex legibus veteribus ius esse testatur. Nec ad rem pertinet, quod loquitur de eo iureiurando, cui iudex taxationem adiecit. Nam ut de eo iureiurando illic agitur: ita etiam proponitur actor intra eam taxationem iurasse. Par igitur, idem et de eo existimari, cui nulla taxatio adiecta est, ad quemcumque modum postea actor iuraverit: quia et hic pariter nihil fit adversus delationem, et eam potestatem iurandi, quam iudex concessit. Non enim periculum est, ne ibi iuretur adversus taxationem, ubi nulla fuit adiecta taxatio. Illud in superioribus verbis contrarium videri potest, quod Justinianus præcise iubet, ne iudex in minorem summam, quam iuratum est, condemnet, nec ullam exceptionem adiicit: quasi velit nec ex magna aliqua caussa eiusmodi, qualem diximus, iusiurandum reiici posse. Sed non eo minus constitutio cum exceptione huius loci accipienda est: sive quod priores leges ad posteriores trahuntur, et contra: *L. non est novum*, *L. ideo*, *L. sed et posteriores*, *supr. de legib.* sive quod in toto iure generi per speciem derogatur. *L. in toto*, *infr. de reg. iur.* Generalis autem definitio est superioris constitutionis, iusiurandum in litem a iudice delatum, servandum esse. Exceptæ sunt iam olim hoc loco eæ species, in quibus magna caussa suadet iusiurandum non servari. Proinde hæ species ex genere quanvis postea constituto exemptæ prioribus legibus intelliguntur. *L. si peculium*, *in pr. de manum. testam.* Sed quid alias rationes quærimus? ex ipsis verbis constitutionis hæc ipsa exceptio facile colligitur. Vetat enim, *ne iudex humanior videri velit*, *quam lex.* Non ergo prohibetur, quominus æque saltem sit humanus, atque lex. Imo vero hoc præcipue est officium iudicis humanitatem et æquitatem legum sequi. *L. quidam*, *supr. si cer. pet.* L. 4. 5. *ult. infr. de eo quod cer. loc.* At constat ex §. *superiore* et hoc loco, ius ita esse, ut liceat iuriiurando taxationem adiicere, et ab eo quod delatum sit, ex caussa recedi posse. Quapropter et verbis Justiniani idem iudici permitti intelligendum est.

Ad §.

Ad §. *Ex culpa autem.*

Ex culpa autem non esse jusjurandum deferendum constat, sed æstimationem a judice faciendam.

S U M M A R I U M.

1. *Jusjurandum in litem ex culpa non deferri, de quo jurejurando accipiendum fit.*

QUod hic traditur, cum explicatius et apertius comprehensum sit in *L.* 4. *seq. vers. sed in his*: de eo ibi dicemus.
1 † Tantum hic monendi sumus, quod Ulpianus simpliciter hic dicit, ex culpa iusiurandum non deferri: eum in iurisiurandi verbo morem loquendi toto hoc fragmento ante a se usurpatum, etiam hic retinere, et intelligere iusiurandum id, de quo agit, idest, *in litem*, et quo res arbitrio actoris committitur. Alioqui obstabit *d. L.* 5. *vers. ult. infr.* de quo vide, quod scripsi ad §. *deferre*, *supr. ead. L.*

Ad L. In actionibus. 5.

Martianus lib. 4. Regul.

In actionibus in rem, et in ad exhibendum et in bonæ fidei judiciis in litem iuratur, sed judex potest præfinire certam summam ad quam usque juretur: licuit enim ei a principio nec deferre. Item et si juratum fuerit, licet judici vel absolvere, vel minoris condemnare. Sed in omnibus ob dolum solum in litem juratur: non etiam ob culpam, hæc enim judex æstimat. Plane interdum et in actione stricti judicii in litem jurandum est. Veluti si promissor Stichi moram fecerit, et Stichus decesserit: quia judex æstimare sine delatione jurisjurandi non potest rem, quæ non exstat.

S U M M A R I A.

1. *Summa legis.*
2. *In actionibus in rem omnibus in litem jurari.*
3. *In actionibus ad exhibendum omnibus jurari in litem.*
4. *In bonæ fidei actionibus in litem jurari at non omnibus: et in quibus juretur, aut non juretur.*
5. *Jurari in litem in actionibus in personam omnibus, in quibus agatur ad rem restituendam, quæ a nobis profecta sit, eamve quæ ad jus nostrum pertineat: et quæ sint.*
6. *Summa, quibus in actionibus juretur in litem, et cur.*
7. *Quæ sit vis jurisjurandi in litem.*
8. *Adversus quem juretur in litem.*
9. *Dolus a contumacia quid distet.*
10. *Culpa a judice æstimari quid sit, et quæ culpa hic intelligatur.*
11. *Verbum* plane *exceptioni et correctioni servit.*
12. *Actionum genera tria, Bonæ fidei, Stricti juris, Arbitrariæ.*
13. *Stricti juris, quæ.*
14. *Jusjurandum in litem in strictis judiciis non idem accipi posse, quod in bonæ fidei et arbitrariis, sed tantum quanti res vere est, et n.* 16.
15. *Jusjurandum in litem duplex.*
16. *Jurisjurandi in litem genera recte distingui in his judiciis ad quid conducat.*
17. *Jusjurandum in litem de vera æstimatione, necessitatis magis est, quam voluntatis.*
18. *Jurijurando in litem de vera æstimatione duæ res locum faciunt; mora debitoris, et interitus rei debitæ; et cur utrumque.*
19. *Amissio rei quælibet et corruptio pro interitu.*
20. *Jusjurandum hoc non minus et in aliis actionibus locum habet ex iisdem caussis.*

1 DOcet hoc capite Marcianus, Quibus in actionibus in litem iuretur, ut intelligatur, cui deferatur hoc iusiurandum: Adversus quos, et quando: tum Quæ sit vis iurisiurandi, postquam iuratum est. De quibus scribit ad hanc sententiam: iuratur in

in litem in actionibus in rem, ad exhibendum, bonæ fidei. Iuratur adversus eum, qui rem de qua agitur, non restituit, aut non exhibet; si tamen dolo malo eius fiat, non etiam si culpa. Vis iurisiurandi hæc, ut non necesse habeat iudex in totum id sequi; sed licet modum iuriiurando statuere, et prius quam iuratum est, et postea. Hæc de eo iureiurando in litem dicta sunt, quo litis æstimatio arbitrio domini permittitur etiam ultra pretium rei. Quod si de vera æstimatione rei agatur, huius caussa etiam in actione stricti iudicii interdum iuratur in litem, idque etiam ob culpam non præstantis quod debetur, ac non tantum ob dolum. Iam singula expendamus.

Ait: iuratur in litem in actionibus in
2 rem. † Num in omnibus? non enim actiones in rem tantum sunt, quibus rem nostram vindicamus: sed sunt et quibus persequimur rem non nostram, ut Publiciana de rebus ex iusta caussa et bona fide possessis; §. *namque*, *Inst. de act.* hypothecaria de rebus nobis pignori obligatis; §. *item Serviana*, *Inst. de act.* et aliæ complures, de quibus agitur a §. 1. usque *ad* §. *in personam*, *Inst. de act.* De rei vindicatione quæ domino competit, inter omnes convenit, in hac adversus eum, qui dolo non restituit, in litem iurari, *L. qui restituere*, *supr. de rei vind.* De cæteris dubitatur. Movet, quod de caussa huius iurisiurandi traditur, cum alibi sæpe, tum maxime in *L. tutor*, *infr. eod.* Ibi enim duæ caussæ eius statuuntur: et quod contumacia punienda sit, caussa omnium in rem actionum communis: et quod arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit. Cum qua posteriore consentiunt, quæ alibi traduntur rationes: ideo scilicet adversus contumaciam non restituentis in litem iurari, *quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat.* L. si filiofa. §. 1. *infr. sol. mat.* item, *quia æquum non sit*, *invitum suo pretio res suas vendere.* Harum utraque in rei vindicatione locum habet, utpote in qua dominus est, qui agit. *L. in rem*, *supr. de rei vind. L. actionum*, *infr. de obl. et act.* ut ex his constet optime ratio, cur iusiurandum in litem in eo genere recipiatur. In cæteris actionibus in rem cessat ratio posterior: neque enim in his de re nostra agitur. Quo fieri videtur, ut cessante ratione iurisiurandi introducendi, nec in his iusiurandum recipi debeat. arg. in *L. quod dictum*, *supr. de pact.* Sed Marcianus ait in litem iurari *in actionibus in rem*: non autem in actione, aut in aliquo certo genere huius actionis. Unde intelligitur, aut in omnibus iurari, aut certe in pluribus, quam in una specie rei vindicationis. Et verum est in omnibus in litem iurari. Indicio erit hypothecaria, in qua cum creditor aperte rem alienam persequatur, tantum sibi pignori obligatam: tamen in litem iurari constat, si pignus a possessore non restituatur. *L. si fundus.* §. *in vindicatione*, *infr. de pignor.* Multo ergo magis idem probandum in aliis, in quibus tanquam domini quidam rem vindicamus, eoque ipso plus iuris habemus. Ne nos moveat, quod in his omnibus res petitoris non est: nam nihilominus ad ius, possessionemque eius pertinet. Cuius iuris quasi dominus esset, ita eius pretium æquum est itidem illius arbitrio statui. † Ait iurari in litem in actionibus ad 3
exhibendum. Generaliter et hoc accipere debemus, ut adversus eum qui dolo non exhibet, iuretur in litem in omnibus ad exhibendum actionibus, non tantum tunc, cum quis se dominum esse dicit, sed etiam cum qualicunque actione acturus est: ut quemadmodum in actione directa cuius nomine ad exhibendum agitur, nihil interest, qualis sit, ut in ea in litem iurari possit, ut ostendimus: sic nec intersit in ea quæ ad directam aditum parat, qualis est ad exhibendum. *L.* 3. §. *est autem*, *et* §. *ibidem*, *supr. ad exhib.* Idque aperte indicat Ulpianus in *d. L.* 3. *ad exhib.* qui cum in §. 1. dixisset eum qui ad exhibendum agit, non utique dicere se esse dominum, nec debere ostendere, cum multæ sint caussæ ad exhibendum agendi: subiecit in §. *præterea*, non solum generaliter, sed etiam continenter, quod ad definitionem priorem ex æquo pertineret: in hac actione notandum, quod reus contumax per in litem iusiurandum petitoris damnari possit, iudice ei quantitatem taxante. Quoque hanc ipsam definitionem in omnibus actionibus acciperemus, definitioni subiicit, in §. *est autem*, et deinceps, personalem esse hanc actionem, et competere ei, qui qualicunque actione acturus sit: quæ explicatio item omnis ad definitionem præcedentem de iureiurando refertur. Hoc eo dicimus, quia si quis vindicaturus ad exhibendum agat, sunt qui huic iusiurandum in litem deferri debere non dubitent, quia se dominum dicat; in cæteris non putent, quia hoc statuant, pretium domini solum arbitrio statuendum. Sed si in actionibus in rem hoc recte diceretur, in quibus ex diversis caussis et iure tam dissimilibus agitur: attamen in actione ad exhibendum dici

dici non potest, quia in omnibus huius generis una petitio est eiusdem æquitatis et una caussa omnium communis, ut res exhibeatur, tantum ideo, quia agentis interest. *L.* 3. §. *sciendum*, *L. pen. supr. ad exhib.* Jam vero ne in actionibus quidem in rem hoc recipitur, ut non aliis quam dominis rem suam vindicantibus hoc iusiurandum deferatur: defertur enim et creditori pignus vindicanti, quem dominum non esse constat. Quod si hanc rationem teneremus, ut non alii putaremus, quam domino hoc iusiurandum deferendum: non modo id non deferretur creditori hypothecaria agenti; sed et in actione ad exhibendum prorsus locum non haberet. Neque enim quisquam in hac actione ideo vincit sibi rem exhiberi debere, quia sit dominus; sed quia solum se dominum dicat. Hoc enim intendere satis est, probare non est necesse. *d. L.* 3. §. 1. §. *sciendum*, *ad exhib.* At in omni actione ad exibendum persequitur actor aliquid suum: nempe usum et copiam rei, de qua quæritur, seu rei videndæ cognoscendæque facultatem, quam et ipsam lex omnium, quorum interest, propriam esse voluit. Merito igitur et hæc ipsa copia ac facultas arbitrio petitoris tanquam cujusdam domini æstimanda est.

4 † Juratur in litem, inquit, et in bonæ fidei judiciis. Etiamne et hic in omnibus, ut prius in actionibus in rem, ad exhibendum fieri diximus? Et in his placet Azonis, Fulgosii, Duareni distinctio, ut si quidem agatur de re nobis restituenda, quæ prius a nobis profecta sit, et tradita jus nostrum non mutarit, ibi in litem iurari possit re non restituta. Sin autem agatur de re aliena nunc primum nobis præstanda, ibi in litem non iuretur. Et ideo semper constitit in his actionibus bonæ fidei in litem iurari posse: in commodato. *L.* 3. §. *in hac*, *infr. commod.* in deposito. *L.* 1. §. *in depositi*, *infr. dep.* in locatione, cum res locata non restituitur. *L. si cui locaverim*, §. 1. *infr. loc.* in rei uxoriæ actione seu in actione ex stipulatu de re dotali restituenda. *L. si filiofa.* §. 1. *infr. sol. mat.* in actione tutelæ, cum res suas pupillus a tutore repetit. *L. tutor*, *infr. eod.* Scilicet quia in his omnibus de re quæ a nobis profecta est, restituenda agitur. At in actione ex empto, qua actione rem alienam petimus, utpote venditam, quæ nondum tradita venditoris manet, quam eandem a nobis non profectam constat: placet non aliam condemnationem esse adversus venditorem quamvis procacia rem non tradentem, quam in id quod interest: sic enim scriptum est in *L.* 4. *C. de act. em.* Ut in hac procacia non tradentis venditoris iudex curare debeat tantum in condemnationem deduci, quanti interest compleri emptionem. Quod jubetur iudex id curare, sic iubetur, ut aliud statuere non possit. Ut cum in §. *curare*, *Inst. de act.* dicitur curare debere iudex, ut certam sententiam ferat: hoc intelligitur, ita eum certam sententiam ferre debere, ut aliam si tulerit, hæc nullius sit momenti, tot. Tit. *C. de sent. quæ sine cert. quant.* Quod autem dicitur venditorem condemnari in id quod interest, significat non condemnari quanti in litem iuratum est: pugnant enim hæc inter se, quanti ea res est, seu quanti interest, et quanti in litem iuratum est. *L.* 2. *supr. L. tutor*, *infr. eod.*. *L. non ab iudice*, *sup. de iudic.* Et merito in hoc genere actionis non admittitur iusiurandum in litem. Illud enim tenendum est, non alias æquum esse rem arbitrio petitoris æstimari, quam cum rei dominus est; aut, quod huic proximum est, rem sui iuris, seu ad ius suum pertinentem persequitur, ut ante diximus. *L. tutor*, *infr. L. si filiofa.* §. 1. *infr. sol. mat. L. non enim*, *infr. rer. amo.* Emptor autem ut rei venditæ petitæ dominus non est: sic nec res ad ius possessionemve eius pertinet. *L. qui tibi*, *C. de her. vel. act. ven.* Sed verba Marciani, et alia quædam hic nobis opponuntur. Primum definit hoc loco Marcianus iurari in litem *in bonæ fidei iudiciis*: generaliter hoc et infinite. Proinde et generaliter accipiendum esse dixeris. Arg. *L. metum*, 9. §. 1. *supr. quod met. caus. L. item veniunt*, §. *petitam*, *autem sup. de her. pet.* Sed et hoc ita faciendum esse, interpretatione nostra in prioribus actionibus confirmasse videmur. Quod enim dixerat iurari in litem in actionibus in rem, item in actionibus ad exhibendum, sic accepimus, ut diceremus iurari posse in omnibus. Cur ergo hanc interpretationem nunc mutemus in actionibus bonæ fidei: de quibus non modo iisdem verbis, sed etiam uno contextu, et verbo communi ad omnes pertinente ab eo definitur? Accedit ad hæc definitio Ulpiani in *L.* 3. §. *in hac*, *infr. commod.* quæ aperte omnibus bonæ fidei iudiciis hoc tribuere videtur, ut in his in litem iurari possit, sic enim verba sunt: *in hac actione* (commodati) *sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis similiter in litem iurabitur.* Dicit iurari in litem in cæteris: cæterorum verbo reliqua omnia eiusdem generis intelliguntur. Sed nihil est in his, cur superior sententia de actionibus bonæ fidei mu-

mutari debeat. Definit Marcianus hoc loco *iurari in litem bonæ fidei actionibus.* Pluralis est hæc definitio, ut apparet: proinde non statim generalis, et omnes actiones complectens: siquidem auctore Ulpiano pluralis elocutio duorum numero contenta est. *L. ubi, infr. de testib.* Quare sic recte accipietur, ut in pluribus actionibus bonæ fidei, quam in una specie, iurari possit in litem: quod et verum est. Non est autem necesse ita accipi, ut possit in omnibus: Potest quidem oratio convenire omnibus: quia omnes utique sunt plures. Sed ut dixi, sic accipi non est necesse: cum etsi non plures essent, quam duæ, in quibus iurari posset: semper verum esset in actionibus bonæ fidei in litem iurari. *d. L. ubi, de testib.* Utrum autem horum accipiendum sit, cum ex verbis Marciani certo statui non possit: ex aliis locis et ratione colligendum est. Neque vero alia vis est earum orationum, quibus Marcianus prius usus est, cum dixit in litem iurari in actionibus in rem, et in ad exhibendum: ne quis forte hic eas nobis obiiciat. Utraque enim, salva proprietate orationis, tam convenire potest pluribus ex eo genere, quam omnibus: eoque non necessario orationes ut generales accipiendæ sunt. Qui fit igitur, ut dixerimus in actionibus utriusque generis omnibus in litem iurari? non sane ex eo, quod putaremus generales esse priores illas orationes magis, quam cum dicitur iurari in actionibus bonæ fidei; sed quia id verum esse aliunde probatur. Diximus enim his verbis, *in actionibus in rem juratur in litem*, significari, iurari saltem in pluribus actionibus huius generis, quam in una rei vindicatione. Quod si in pluribus, et præsertim in hypothecaria, de qua alibi diserte scriptum est: rationem postulare, ut iuretur in omnibus. Idemque et de actione ad exhibendum ratione collegimus. At non item patitur ratio iuris, ut iuretur in litem in omnibus bonæ fidei actionibus, ut ostendi: ex quo est dissimilitudo interpretationis. Quod ait Ulpianus in *L. 3. §. in hac, infr. commod.* iurari in litem commodato, *sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis*: si hoc tantum dixisset, magis locus adversaretur. Sed addit, *similiter*: quod verbum rem expedit. Hoc enim efficit, iurari quidem in litem in commodato, ut in cæteris bonæ fidei iudiciis, sed *similiter*, idest, similibus in caussis, et similibus conditionibus, quibus in cæteris in litem iuratur. Quod ita fit; si quid a nobis profectum repetamus, ut in deposito, locato, dote, tutelæ actione; in quibus iurari supra indicavimus. Ac de actionibus in rem, ad exhibendum, bonæ fidei, quæ genera hic commemorantur, dictum est: unde intelligatur, quod Marcianus ait in singulis his generibus admitti iusiurandum in litem, sic tamen; ut sciamus inter hæc hoc interesse, quod duorum priorum generum actiones omnes hoc iusiurandum recipiunt; bonæ fidei autem actiones non omnes. Ac quæ non recipiant, ostendi. † Nunc quoniam ille tria hæc ge- 5
nera tantum recenset, in quibus in litem iurari dicat: videamus, an in his solis in litem iuretur. Et habet hoc certarum specierum enumeratio, ut qui nominatim certas appellavit, in quibus aliquid concederet, hoc ipso intelligatur de cæteris non sensisse. *L. cum de lanionis §. cui fundum, infr. de inst. vel inst. legat. L. maritus, C. de proc.* Idcirco Marcianus tria genera ista sola enumerando, satis significat in his solis in litem iurari. Quod et concedendum est: dum tamen hoc sic interpretemur: in his solis actionibus iurari, et si quæ sunt similes. Semper enim in paribus caussis eadem ratio ius idem admittit. *L. nam ut, supr. de legib. L. illud, supr. ad leg. Aquil.* Et vero ita statuendum est: etiamsi quæ sint actiones in personam, non in rem, aut ad exhibendum, et non sint eæ bonæ fidei; si tamen competant ad rem restituendam, quæ a nobis profecta sit, aut alioqui ad ius nostrum pertineat: in his itidem in litem iurari. Declaratur id exemplis harum actionum. Quod metus caussa, de dolo, rerum amotarum, Favianæ de rebus alienatis in fraudem patroni. Omnes sunt in personam, nec sunt ad exhibendum, aut bonæ fidei; in omnibus tamen iuratur in litem. Juratur in actione Quod metus caussa, et de dolo. *L. arbitrio, in pr. supr. de dol.* atque has in personam esse diserte scriptum est in *§. præterea, Inst. de act.* Juratur in actione rerum amotarum. *L. si cum dos, §. ult. infr. rer. amot.* et hæc actio condictio est. *L. rerum, 28. rer. amo.* proinde in personam actio. *L. actionum, infr. de oblig. et action.* Postremo iuratur in actione Calvisiana et Faviana. *L. tenetur, infr. si quid in frau. pat.* quæ et ipsa est in personam. *L. 1. §. hæc actio, eod. tit. si quid in frau. pat.* Cur ergo in his pariter iuratur in litem, ut in actionibus in rem? quia in his omnia similia ad iusiurandum admittendum. Persequuntur enim rei nostræ, certe a nobis profectæ restitutionem: et si contumacia quæritur, sunt et ipsæ arbitrariæ, idest, eiusmodi,

in quibus arbitretur prius iudex rem restitui: cui arbitrio cum non paretur, fit illa contumacia non restituentis, quæ in actionibus in rem et ad exhibendum iureiurando in litem coercetur. Utraque autem de caussa placet litem hoc iureiurando æstimari, et quod contumacia punienda sit, et quod arbitrio potius domini pretium rei sit statuendum, *L. tutor*, *infr. eod.* Ac quo minus de his dubitemus, putemusque singulari aliqua ratione propria ista esse superiorum actionum: exstat generalis præceptio Ulpiani de hoc genere in *L. qui restituere*, *in ff. supr. de rei vind.* qui cum dixisset, eum qui restituere iussus iudici non paret: si quidem dolo fecit, quominus posset, damnandum esse, quantum adversarius in litem iuraverit; si culpa; non pluris, quam quanti res esset: subiicit hanc definitionem: *Hæc sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet.* † Quæ si ita sunt, licet rem
6 in summam colligere, et breviter statuere hoc modo: Duobus in generibus actionum iuratur in litem in omnibus ad exhibendum, et in omnibus in universum, quibus ad restituendam rem agitur, quæ res vel nostra sit, vel ad ius nostrum pertineat, ut pignus, aut res bona fide possessa, vel a nobis ita sit profecta, ut non propterea a iure nostro recesserit, quales sunt commodatæ, depositæ, locatæ, et quorum alienatio per in integrum restitutionem infirmatur, ut vi aut dolo expressæ. Quæ actiones ad restituendum eiusmodi sunt, nihil interest, in rem sint, an in personam: et in personam erunt, nihil refert, utrum sint bonæ fidei, an non sint. Contra, quibus actionibus ad rem nunc primum nobis dandam, tradendamve agitur, quales sunt maxima ex parte in personam: aut agitur quidem ad rem restituendam, quæ a nobis profecta sit, sed cuius dominium a nobis volentibus recesserit; aut sic agitur, quasi recesserit: quales sunt, conditio indebiti, aut ob caussam, aut etiam furtiva. In his in litem non iuratur etiamsi maximæ bonæ fidei sint. Huius iuris ratio et æquitas hæc est, quod huic iuriiurando duæ res caussam præbent, contumacia rei; et quod de re petitoris aut ad ius possessionemve eius pertinente agitur. Nam contumacia merito punienda est: et pretium rei æquum est arbitrio domini statui, *d. L. tutor*, *infr. eod.* Hæ caussæ in priores illas actiones cadunt; in posteriores non cadunt. Ita his caussis concurrentibus in prioribus iusiurandum admittitur; in posterioribus una etiam cessante denegatur.

Sed iudex potest præfenire certam summam) † Tota hæc oratio usque ad illa ver- 7
ba, sed in his omnibus, huc spectat, ut declaretur, quæ sit vis iurisiurandi in litem, seu quæ sit potestas iudicis in eo non sequendo. Quod enim ait Marcianus, iudicem posse præfinire certam summam, usque ad quem iuretur, hoc continet: si præfinierit, ultra iurare non licere; eoque si iuratum sit iusiurandum non esse servandum, ut docui ad *L. 4. §. iurare supr.* Quod addit, etsi iuratum fuerit, nempe nulla taxatione initio præfinita, licere iudici vel absolvere, vel minoris condemnare, nihil aliud est, quam iudicem etiam tum posse contemnere iusiurandum, aut in totum, quod fit reum in totum absolvendo; aut pro parte, quod fit reum condemnando, sed minoris quam iuratum est. Ut appareat Marcianum hoc sentire: licere iudici iusiurandum actoris in litem non sequi, non solum tunc, cum modum iuriiurando ab initio statuit, quod facere potest; sed etiam cum sine ulla taxatione iuratum est. Est igitur, ut dixi, totus locus de vi huius iurisiurandi, aut quod idem est, de potestate iudicis in eo non sequendo. Locus pluribus iam ante ab Ulpiano tractatus in *L. 4. §. iurare*, *et §. item videndum*, ubi a nobis est expositus. Neque ideo hic locus inutilis est: habet enim illius superioris breviter summam comprehensam. Illud monendi sumus, quod hic traditur, etsi iuratum fuerit, licere iudici reum vel absolvere, vel minoris condemnare: explicandum esse ex *d. L. 4. §. item videndum*, *supr.* et ita temperandum, ut liceat, sed *ex magna caussa*, *et postea repertis probationibus*: quæ circumscriptio nominatim illic adiicitur.

† Sed in his omnibus) Quod dicitur in 8
superioribus actionibus in litem iurari, sic accipiendum est: si cætera concurrant, quæ huic iuriiurando locum facere initio huius tituli diximus. In quibus ut spectatur, quis agat, et quod sit ius petitoris: de quo dictum est partim ad *L. 4. in pr. supr.* partim hac *L. in pr.* item qua de re: de quo in *L. 3. supr. eod.* Ita et illud maxime, adversus quem agatur. Neque enim quamvis in iisdem actionibus, eodem iure petitoris, et iisdem rebus hoc iusiurandum deferri potest adversus omnes. Id autem est, quod hic declaratur. Juratur in litem in omnibus actionibus adversus eum, qui rem

non

non restituit, aut non exhibet: *L.* 2. §. 1. *sup. eod.* sed non omnem. *In his omnibus*, inquit Marcianus, *ob dolum solum in litem iuratur; non etiam ob culpam.* Quo non aliud significatur, quam non deferri hoc iusiurandum, nisi adversus eum, qui non restituens aut non exhibens, hæc ipsa dolo non facit, non etiam qui culpa tantum, ut declaratur in *L. qui restituere*, *supr.* de rei vind. *Hæc enim*, inquit Marcianus, *judex æstimat.* Legendum est, *hanc enim*, ut iudicis æstimatio ad solam culpam referatur. Sola enim culpa est, quæ a iudice æstimatur, ut et scriptum est in *L. præcedente in fin.* ex culpa æstimatio a iudice facienda est. Dolus non restituentis non iudicis æstimationi, sed petitoris arbitrio committitur. *L. tutor*, *infr.* Recte autem dixit *ob dolum*, non *ob contumaciam*: non quod contumacia non sit dolus, et ob hanc maxime non iuretur in litem; sed quia doli verbum plus complectitur, et Marcianus intelligi voluit ob omnem dolum
9 in litem iurari. † Dolus quo fit, ut res non restituatur aut exhibeatur, duplex est: præsens et præteritus. Præsens est, cum qui possidet aut habet rei restituendæ facultatem, iussus restituere iudici non paret. Hic dolus proprie contumacia appellatur: adversus hunc citra controversiam iuratur in litem L. 1. *L.* 2. §. 1. *supr. L. tutor*, *infr. eod.* Præteritum voco, cum reus nunc quidem cum iubetur, rem non possidet, ut præsenti quidem dolo nihil faciat, si rem non restituit, qui etiam si maxime nunc velit, tamen restituere non possit; sed prius dolo fecit, quominus possideret. Nulla hic quidem proprie contumacia est non restituentis; sed nihilominus et hic dolus iureiurando in litem coercetur. *L. qui restituere*, *supr. de rei vind. L. sed. etsi lege*, §. *hæc verba*, *supr. de her. pet. L. si fundus* §. *in vindicatione*, *infr. de pig.* Fit hoc ex perpetuo iure, quo placuit, qui dolo possidere desierunt, pro possessoribus esse habendos. *d. L. sed etsi*, §. *perinde*, *de her. pet. L. qui dolo*, *L. parem*, *infr. de reg.*
10 *jur.* † Quod ait in litem non iurari ob culpam, iudicem enim hanc æstimare, sic interpretandum est ex L. *qui restituere*, *supr. de rei vind.* ut qui nec potest restituere, nec dolo fecit quominus posset, si tamen culpa eius factum est, damnari debeat; sed ita, ut culpa, idest, damnum culpa datum solum æstimetur, et ut ibi loquitur Ulpianus, *non pluris quam quanti res est*, *quanti adversarii interest*, *reus condemnetur.* Culpam hic levem, non latam accipere debemus. Nam cum prius dixit ob dolum iurari in litem, etiam ob latam culpam iurari dixit: lata enim culpa dolus est. *L. quod Nerva*, *infr. dep.* nec mutat, quod dicit ob dolum solum iurari in litem. Nam nec hac particula, *solum*, lata culpa unquam excluditur, nisi quid aperte de lata culpa excludenda in lege significetur, ut in lege Cornelia de sicariis. *L. in lege*, *infr ad leg. Corn. de sic.* Argumento est, quod de deposito traditur dolum dumtaxat in eam actionem venire: *L.* 1. §. *ult. infr. dep.* nec minus tamen constat depositarium ob latam culpam teneri. *L.* 1. *C. dup.* idem et de mensore scriptum est in *L.* 1. §. 1. *supr. si men. fal. mo. dix.* Neque hæc inter se contraria sunt: siquidem, ut dixi, lata culpa interpretatione dolus est, aut ut est in *d. L.* 1. §. 1. *si men. fal. mo. dix.* lata culpa dolo comparatur, quod idem valet.

† Plane interdum). Indicat hoc verbum, 11
Plane, exceptionem hic esse præcedentis alicuius sententiæ. Servit enim hæc particula correctioni et exceptioni præcedentium, ut licet intelligere ex §. *si quis alii*, *vers. plane*, *Inst.de inut. stip.* §. *sic itaque*, *vers. plane*, *Inst. de act.* Quod si hic exceptio est: erit et præcedentis alicuius sententiæ contrariæ, ut semper exceptio ex parte negat, quod regula generaliter continebatur. Quare cum sit exceptio his verbis concepta: *interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum esse*: necesse est intelligi, positam a Marciano prius fuisse generalem sententiam, qua definierit in hoc genere actionis in litem non iurari: sicque locum accipiendum, quasi ita scripsisset. Quod volui in actione stricti iudicii in litem non iurari, non est perpetuum: interdum enim etiam in hac actione iuratur, ac non tantum in illis, in quibus initio iurari dixi. At Marcianus nihil tale, ut videtur, prius definivit de actionibus stricti iudicii. Certe nihil eiusmodi verbis comprehensum est: eo merito dubitatur, unde hanc exceptionem inferat. Sed recte intulit ex præcedentibus. Vere enim et hanc sententiam prius statuerat, in actionibus stricti iudicii non iurari in litem: non expressit verbis; sed satis enumeratione certorum generum declaravit, cum dixit in litem iurari in actionibus in rem, ad exhibendum, et bonæ fidei, nec præterea alias adiecit.
† Sciendum est enim tria esse genera a- 12
ctionum: quasdam bonæ fidei, quasdam arbitrarias, quasdam stricti iuris. Enumerantur quidem in *d.* §. *actionum autem*, duo tantum hæc genera, bonæ fidei, et stri-

stricti iuris: ut in eo loco consistenti, nec spectandi quod paulo post sequitur, non aliud possit videri, quam hæc genera duo tantum esse: quod maxime parti interpretum veterum accidit. Quo admisso reperietur Marcianus non modo prius non dixisse in actione stricti iuris in litem non iurari, sed etiam aperte contrarium confirmasse. Dixit enim iurari in actionibus in rem, et ad exhibendum, ergo in actionibus stricti iuris, si superiora duo genera tantum sunt: quoniam istas actiones non esse bonæ fidei constat, ut quæ inter eas non enumerentur in *d.* §. *actionum autem*, *Inst. de act.* sed animadverti debuit continenter tertium genus adiici, idque diversum a duobus illis prioribus: nempe arbitrariarum actionum in §. *præterea*, *Inst. eod.* ut sic genera tria efficiantur, quæ dixi, quæ Papinianus non obscure notavit in *L.* 3. 1. *resp.* illic, *in iis autem iudiciis*, infr. *de usur.* Ex his Marcianus duo tantum initio complexus est, in quibus in litem iurari diceret, bonæ fidei et arbitrarias: Nam in rem et ad exhibendum, arbitrariæ sunt, ut declaratur in *d.* §. *præterea*, *Inst. de act.* et fere solæ hæ arbitrariæ: excipiuntur enim paucæ, quæ sunt in personam, quas supra indicavi, et in quibus pariter in litem iurari dixi. His duobus generibus tantum iusiurandum in litem attribuens, hoc ipso cæteras actiones, quæ in alio genere essent, exclusit, ut initio huius capitis ostendi. Hæ autem reliquæ sunt, quæ sunt stricti iuris, seu stricti iudicii. Unde intelligitur satis hoc eum significasse, in his ipsis in litem non iurari. Hoc cum sensisset et animadverteret ex verbis satis intelligi: nunc temperat, quæ huius loci exceptio et correctio est: et monet non esse perpetuum, sed et in his *interdum in litem iurandum esse*. Ergo etiam his iusiurandum in litem
13 tribuit. † Stricti iudicii actiones vocat cum Ulpiano in *L.* 3. §. *in hac*, *infr. commod.* quæ dicuntur actiones stricti iuris in §. *actionum autem*, *Inst. de act.* Quamobrem utrumque nihil ad quæstionem huius loci pertinet: ideo satius est in suum locum reiicere, ubi de his ex professo agitur, idest ad *d.* §. *actionum.* Tantum illud levi opera satis est intelligi, quænam sint huius generis, ne frustra etiam in eo genere iusiurandum in litem hic admitti dicatur. Quod ex *d.* §. *actionum*, *et* §. *præterea*, *Inst. de act.* nullo negotio sumi potest. Non explicatur illic quidem aperte, quæ sint actiones stricti iuris; sed aliorum generum tum enumeratione, tum declaratione id præstatur. Statuuntur enim illa genera tria, quæ modo dixi, ut sint quædam actiones bonæ fidei, quædam stricti iuris, quædam a prioribus duobus generibus distinctæ, arbitrariæ. Actiones bonæ fidei recensentur in *d.* §. *actionum autem.* De arbitrariis tantum traditur in *d.* §. *præterea.* Ut intelligi possit esse arbitrarias omnes ad exhibendum, omnes item in rem; ex his autem quæ sunt in personam, quæ quidem non sunt bonæ fidei, arbitrarias esse partim eas, quæ ad rem iuris nostri restituendam competunt, ut de dolo, et quod metus caussa; partim actionem ex stipulatu de eo, quod certo loco promissum est: de quibus fusior tractatio illis locis convenit. Extra has actiones quæ relinquuntur, illæ sunt nimirum, quæ stricti iuris, seu stricti iudicii appellantur: qualis iam esse intelligitur actio ex stipulatu et actio ex testamento. quæ duæ exempli caussa commemorantur in *L. alias seq.*

Longius progredi in istorum generum explicatione per se utile est, et cum res postulat, necessarium; ad huius loci cognitionem non est necesse. Usque adeo, ut his etiam quæ dixi ad actionum huius generis indicationem, locus ipse carere potuerit. Ut enim locus sit ei iuriiurando, de quo hic agitur, non exigitur, ut sit actio stricti iuris; sed solum ut res debita post moram perierit, ut postea sequitur: quod non minus et in aliis actionibus contingere potest: et an factum sit, intelligere possumus, etiamsi utrum actio sit bonæ fidei, an arbitraria, an stricti iuris, ignoremus. Solum autem in hac re spectari eam caussam, quam dixi, non autem genus actionis, verba Marciani manifeste ostendunt. Scribit enim; *interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum.* Ait, *et in actione*: quod significat non solum eodem modo iurari ex hac caussa in actionibus cæteris, idest, bonæ fidei, et arbitrariis; sed et in actione stricti iudicii. Aperte enim particula, *et*, hanc actionem cum cæteris copulat. Et sane si in actionibus stricti iudicii ex superiore caussa hoc iusiurandum admittitur: multo magis ex eadem caussa admitti oportet in cæteris, in quibus omnia plenius tribuuntur. Ita iusiurandum omnium actionum commune, et caussam communem agnoscimus: ut iam hic non qualis sit actio, sed quæ sit caussa iurisiurandi, quærendum sit. Hæc dico, non reprehendens, si quis hoc loco de his generibus actionum disserat: quod a Francisco Duareno non sine magna laude, et summa utilitate factum

ctum scio, cum id præcipue sibi propositum haberet; sed ne quis etiam reprehendat in nobis, si fusiorem de his tractationem hoc loco non necessariam iudicantes, eam in suos locos reiicimus, quærimusque, quid huic loco maxime conveniat.

Hoc autem solum convenit intelligi, cum de iureiurando huius loci quæritur, nihil referre, qualis sit actio qua agetur, utrumne bonæ fidei, aut arbitraria, in quibus solis paulo ante in litem iurari dixit; an vero ea quæ neutrum sit, idest, quæ sit stricti iuris: nam et in hac etiam hoc iusiurandum admitti. Deinceps quid hic isti generi actionum tribuatur, consideremus. In quo reliquæ partes definitionis hic traditæ, nobis expendendæ sunt: quæ et ipsæ potissimum habent quæstionem. Sunt autem hæ partes, et quæ circa has quærantur. Ait enim, *et in actione stricti iudicii in litem iurari.* Quod iusiurandum in litem hic intelligit: idemne, quod prius totidem verbis appellavit? Ait, non *iurari*, sed *iurandum esse*, cur potius iurandum esse verbo necessitatem significante, quam *iurari*, ut in superioribus actionibus? Ait iurari, non semper, sed *interdum.* Quando igitur? Ait, *et in actionibus stricti iudicii.* Num ergo et in actionibus aliis? Ut in summa de hoc iureiurando quatuor hæc quærantur: quod sit iusiurandum, quæ necessitas deferendi; quæ caussa, seu quæ res id inducant; tum in quibus actionibus. Hæc, inquam, nobis ordine cognoscenda sunt: in quibus huius partis, atque huius
14 iurisiurandi explicatio continetur. † Ait igitur in hac actione in litem iurari: nempe totidem verbis, quibus prius in superioribus actionibus in litem iurari dixit: ut si verba sequimur, nihil proponatur, cur non hic idem iusiurandum accipere debeamus, quod prius nominavit. Nihil enim aperte adiecit, quo hoc ab illo distingueret. Sed et illud, quod prius dixit, in actionibus in rem, et cæteris in litem iurari, nunc temperat, et velut exceptione corrigit, ut ante ostendi: exceptio autem est de rebus regula comprehensis. Itaque vel exceptio ipsa facere videtur, ut idem iusiurandum utrobique accipi debeat. Num ergo idem intelligere debemus? Verba, ut dixi, prima fronte suadent; sed res et sententia refragantur. Quod enim initio dixerat iurari in litem in actionibus in rem, ad exhibendum, et bonæ fidei, id postea sic interpretatur, ut admittat *ob dolum solum rei, non etiam ob culpam.* Nunc autem quod vult etiam in actione stricti iudicii interdum in litem iurari, admittit etiam ob culpam debitoris. Admittit enim ob eius moram: mora autem culpa est. *L. si servum*, §. *sequitur*, *infr. de verb. obl.* et ea quidem, quæ sæpe dolo careat. Quid enim, si is qui in diem debuit, suo die non solvat? Moram facit; sed non utique dolo: cum fieri possit, ut ideo differat, quia creditorem putavit facile passurum hanc moram, puta amicum hominem, aut alioqui creditorem non molestum. Aut ergo Marcianus aliud prius, aliud nunc iusiurandum intelligit; aut si de eodem iureiurando hæc dicit, pugnantia secum loquitur. Non enim ad rem pertinet, quod nunc iusiurandum admittit ob culpam quidem, sed in actione stricti iuris: cum quod prius id denegavit, id fecerit in aliis actionibus. Nam hoc modo non iam tam contraria, quam absurda diceret: cum si iusiurandum ob culpam admittatur in strictis iudiciis, multo citius admitti debuerit in arbitrariis et bonæ fidei, in quibus pleniora omnia recipiuntur. §. *in bonæ*, §. *præterea*, *Inst. de action.*

Res ergo ostendit, quibuscunque verbis Marcianus ista exprimat, aliud tamen atque aliud iusiurandum in principio atque hoc loco accipi debere: quæ re ipsa tam aperte ab illo distinguuntur. Nam ut putemus eum de eadem re eodem in loco atque adeo continenter contraria scripsisse, nulla ratio patitur. † Et res ita habet, ut initio 15
huius tituli docui. Jusiurandum in litem de æstimatione rei duplex est. Unum, quo iurat actor quanti rem æstimet, vel ex effectu, quamvis ultra rei pretium. Alterum, quo iurat de vera æstimatione, idest, quanti res vere sit, seu quanti sua intersit. Prius multis locis notatum est, maxime autem in *L. 1. L. 2. §. 1. supr. L. tutor*, *infr. eod.* ac de eo loquitur initio huius capitis Marcianus, cum ait in actionibus in rem, ad exhibendum, et bonæ fidei in litem iurari. Scimus enim ex aliis locis in illis actionibus id iusiurandum recipi, ut tot locis constat, quot supra a me eodem initio capitis in singulis generibus earum actionum indicati sunt. Neque vero obscure Marcianus de eo sentire declarat, cum subiicit, in omnibus iis actionibus, quas nominaverat, ob dolum solum in litem iurari. Illic enim solum dolus et contumacia non exhibentis aut non restituentis in iureiurando in litem exigitur, cum iuranti fit potestas rem æstimandi, ut videtur, etiam supra verum pretium. *d. L. 1. L. 2 §. 1 supr. d. L. tutor*, *infr.* Atque

ut

ut nihil amplius dixisset quam in superioribus actionibus in litem iurari; tamen appellatione iurisiurandi in litem recte prius istud iusiurandum acciperemus, quia in usu iuris specialiter per excellentiam ita dicitur. Unde est quod hic, et in *L.* 4. §. *ult. supr.* dicitur absolute iusiurandum in litem ob culpam non deferri. Quod nisi de priore illo intelligitur, falsum est, et pugnabit cum hac parte posteriore, in qua etiam ex culpa interdum in litem iurari dicitur: de quo paulo post. Nec abs re est, quod id iusiurandum in litis æstimationem specialiter dicitur, cuius æstimatio vere et præcipue actori committitur: id autem tunc fit, cum committitur arbitrio actoris. † Posterius iusiurandum in id quanti res est, intelligit Marcianus hoc loco, cum et *in actione stricti iudicii in litem iurari* ait. Inepti essemus, fateor, si hoc ita interpretaremur, quia ita tantum scriptum esset, etiam in hac actione in litem iurari: cum potius in iisdem verbis par esset idem iusiurandum accipi. Sed ipse hoc se intelligere postea indicat: quod diligenter hic observandum est. Non enim simpliciter dicit hic iurari in litem, sed *interdum*; ac mox quando id, et qua in æstimatione rei fieri velit, explicat, ait enim id tum fieri, cum res periit post moram debitoris, idque ideo, quia iudex æstimare sine delatione iurisiurandi non possit rem, quæ non exstat. Hac ratione aperte declarat admittere se solum hoc iusiurandum in ea re perempta, quam iudex æstimare debeat; quam tamen non possit, æstimare sine delatione iurisiurandi. Unde intelligitur et in ea re solum admittere, de cuius vera æstimatione agitur. Nam prmum æstimare rem, nihil aliud est, quam æstimare, quanti res est: hoc autem veram æstimationem continet. *L.* 2. §. *ult. supr. qui sat. cog.* Deinde quoties æstimatio rei iudici committitur, ut hic fit, hoc intelligitur committi, ut iudex ex vero rem æstimet, et id damnum quod re vera inducitur, ut præcipitur in *L. unica. vers. in aliis autem*, *C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* Et certe quæ æstimatio pretium excedit, hæc iudici non committitur, sed actori, cuius arbitrio res æstimatur. *L. tutor*, *infr. eod.* Prius ergo iusiurandum accipitur, cum nominatur simpliciter iusiurandum in litem, ut fit in priore parte huius capitis; sed hoc tandiu quandiu auctorem de altera specie sensisse non appareat, ut hic de altera eum sensisse appareat. Sed si nunc de iureiurando quod sit in veram æstimationem, non de illo priore Marcianus loquitur: quomodo convenit quod hanc partem a priore velut excipit, cum hoc iusiurandum cum priore nihil commune habeat, eoque ab illo nisi inepte excipi non possit? Recte convenit. Nam ex eo, quod prius dictum est in actionibus arbitrariis et bonæ fidei solis in litem arbitrio actoris iurari, intelligimus in actionibus stricti iuris eodem modo in litem non iurari: et id perpetuum est, nec inde quidquam excipitur. Sed ex eo hoc etiam effici videbatur, in actionibus stricti iuris nullo modo iurari in litem; aut certe de eo poterat dubitari. Ex hac tacita collectione est id, quod nunc subiicitur. Eam enim Marcianus explicat, et maiore ex parte confirmans aliquid inde excipit: et recte excipit, cum generalis sententia fuerit. Unde quæcunque species postea exa cipietur, recte dicatur prius in oratione generali comprehensam fuisse. Sic ergo exceptio prioribus aptanda est: quod dixi in actionibus arbitrariis et bonæ fidei in litem iurari, easque solas nominatim appellavi, eo spectat, ut intelligatur in totum non iurari in litem in cæteris, puta stricti iuris. Quod et maxima ex parte verum est: sed tamen non est perpetuum, plane enim et his interdum in litem iurandum est.

Hoc de genere † iurisiurandi hoc loco recte constitui in primis utile est: ex quo tria hæc assequimur. Nam primum statuitur hic iusiurandum in litem, quod sit de vera solum rei æstimatione, idque in strictis iudiciis, et solum etiam ob culpam: quod genus aut non traditur alibi, aut aperte, ut hic, in litem non nominatur. Deinde intelligimus, ut in actionibus stricti iudicii ei iuriiurando locus est: sic in eo genere non esse unquam locum illi alteri, ur res ultra verum pretium arbitrio actoris æstimetur. Qui enim in hoc genere interdum iurari in litem dicit, et id iusiurandum interpretatur, quod sit de vera æstimatione: aperte unam tantum speciem iurisiurandi ei generi tribuendo, ei cæteras adimit. arg. *L. maritus*, *in fin. C. de proc. L. cum de lanionis*, §. *cui fundum*, *infr. de instrum. vel instr. leg.* Sed et vulgo vere dicitur, exceptionem confirmare regulam in omnibus, quæ excepta non sunt. *L. quæsitum*, §. *idem respondit*, *domo instructa*, *infr. de inst. vel inst. leg.* Quod autem iusiurandum in litem de vera æstimatione tribuitur hoc loco actioni stricti iuris, exceptio est præcedentis sententiæ, qua significabatur in actione stricti iuris in litem

tem non iurari. Quare hac exceptione ius illud prius in altero iureiurando non excepto confirmatur. Postremo superiore distinctione iurisiurandi constituta, fit, ut intelligatur non esse hæc contraria: quod in hoc capite prius dicitur in actionibus omnibus, quas initio appellaverat ob solum dolum in litem iurari, non etiam ob culpam, quod generaliter de omnibus actionibus traditum est in *L. 4. §. ult. supr.* hic autem dicitur etiam ob culpam iusiurandum in litem deferri, et quidem in actione stricti iuris. Dicta enim hæc sunt de alio atque alio iureiurando: quæ genera quam recte in hac re distinguantur, tum intelligetur, cum de caussa huius posterioris dixero. Quod si de eodem iureiurando dicta essent, non effugeremus, quin essent contraria. Nec quidquam nos adiuvaret, quod cum dicitur hic *interdum in litem iurari*, adiicitur *in actione stricti iudicii*: cum prius illud dictum esset, in actionibus arbitrariis dumtaxat, et bonæ fidei. Ut enim iam ante attigi, quod hic dicitur fieri in actione stricti iudicii, non simpliciter dicitur, sed addita particula, *et*, his verbis, *interdum et in actione stricti iudicii*, quæ oratio etiam reliquas actiones coniungit, et omnibus tribuit idem hoc iusiurandum. Et ut simpliciter dictum esset, interdum iurari in litem in actione stricti iuris: tamen quacunque de caussa id fieri diceretur, ad actiones etiam arbitrarias, et bonæ fidei multo magis pertineret: cum plenius omnia in illis actionibus admittantur. *d. §. in bonæ, §. præterea, Inst. de act.* Sed ut dixi, scripta sunt ista de diversis generibus iurisiurandi, et utrumque in suo genere vere et convenienter dicitur. Nunquam enim iuratur in litem ob culpam, ut litis æstimatio arbitrio actoris permittatur: quæ prioris partis sententia est. At recte iuratur interdum in litem ob moram, idest, culpam debitoris, cum res post moram periit, et solum de vera rei æstimatione agitur: quæ sententia est huius partis posterioris.

18 † Ait hic non iurari, ut in prioribus actionibus, sed *iurandum esse*: non otiose, sed quo significetur iusiurandum hoc, quod defertur interdum etiam in strictis iudiciis, necessarium esse; prius illud magis voluntarium. Quod et verum est. Re enim perempta quæ nihilominus adhuc debeatur, deferre iusiurandum actori de vera tantum rei æstimatione, necessitatis est, ubi illi aliter consuli non possit: quod fit in eo iureiurando, de quo nunc agitur, ut postea declarabitur. Deferre autem actori, ut litem arbitrio suo æstimet, idque supra rei pretium, quod fit in priore iureiurando, voluntatis est, et pœnæ, non ullius necessitatis: cum intra veram æstimationem consistendo, id est, id quod ei abest, sarciendo, non minus rem salvam habere potuerit. Unde et præcipue dicitur hoc iureiurando contumacia rei puniri. *L. tutor infr.* Potuit autem pœna omitti, ut nihilominus actori consuletur.

Ait, iurari interdum. Quando igitur? explicat his verbis: *veluti*, inquit, *si promissor Stichi moram fecerit, et Stichus decesserit.* Dixit *veluti*, ut intelligeremus sic eum certas res nominare, ut tamen nominet exempli caussa, ac nihilominus sub una specie res omnes eiusdem generis ac similes accipere debeamus, ut fit, cum exempli caussa aliquid dicitur. *L. 1. §. quod vulgo, infr. unde vi.* Atque hoc modo hic et de promissore, et de Sticho, et de mora, et de morte loquitur. Nam etsi debeatur quid non ex promissione; sed ex alia caussa, puta ex testamento, idem est, ut declaratur *L. alias, seq.* Unde et regula paulo ante concepta est generaliter de actione stricti iudicii. Idem, etsi non Stichus, sed res quævis alia debeatur. Hoc enim solum spectatur, an debitor in re debita moram faciat, ac postea res decedat. Sed etsi culpa debitoris res debita perierit, quamvis sine mora, idem dicemus: propterea quod culpa alia æque ac mora perpetuat obligationem. *L. si servum, in pr. et §. sequitur, infr. de ver. ob.* Quibus consequens est, ut si alia res debeatur, quam quæ mori possit, in huius quoque amissione seu interitu rei conveniente idem intelligi oporteat. † Ergo in summa sub 19
appellatione certarum rerum nihilominus generalis definitio est, qua Marcianus caussas huius iurisiurandi cumplectitur. Ac breviter intelligimus duas res in universum esse, quæ hoc iusiurandum in actione stricti iudicii inducant: culpam debitoris, quæ perpetuarit obligationem, et interitum rei debitæ: ut neque culpa debitoris re adhuc exstante, neque rei interitus sine præcedente culpa quidquam proficiat ad hoc iusiurandum. Quæ cur duo hic exigantur, et simul coniuncta cur ad hoc prosint, cognoscendum est. Primum moram, aut sine mora culpam debitoris intervenire oportet, ut vel mora ab eo facta, vel culpa eius res perierit. Hoc ideo, ut procedat, quod de interitu

rei

rei postea amplius exigitur. Nam si ad hoc iusiurandum etiam rem interire oportet, omnino necesse est, ut interitum culpa debitoris præcedat: quoniam si prius res pereat, quam per debitorem factum sit, quominus daret, iure liberatur. L. *si ex legati, infr. de verb. obl. L. quod te, supr. si cer. pet.* et quidem ita, ut nec æstimationem debeat. *L. in ratione, §. incertæ, infr. ad leg. Fal.* Quo fit, ut quæstione de æstimatione rei sublata, simul etiam iusiurandum, quod de ea æstimatione est, tollatur. Vel verius, ut actione sublata aut nullum iudicium esse possit, in quo hoc iusiurandum postuletur, aut iudicio instituto iudex reum absolvere, non litem adversus eum æstimare debeat. At mora facta, perpetuatur deinceps obligatio: ut quamvis res pereat, postea nihilominus tam teneatur debitor, quam si res exstaret, *d. L. si ex legati, L. si servum, §. sequitur, L. nemo, §. 1. infr. de verb. oblig.* Unde et re perempta etiam nunc de æstimatione rei superest actio. *L. in re, infr. de cond. fur.* Idem est, etsi culpa debitoris res perierit. *d. L. si servum, in pr. et §. 1. de ver. obl.* Cum autem hic exigatur culpa tantum in hoc, ut re perempta perpetuetur obligatio: apparet quam recte exigatur sola culpa, non etiam dolus: quippe ad perpetuandam obligationem sola culpa sine dolo satis est. *d. L. si servum, §. sequitur.* Itaque neque mirum, neque his contrarium videri debet, quod prius dictum est, in arbitrariis et bonæ fidei actionibus *ob dolum solum in litem iurari.* Nam præterquam quod id dicitur de eo iureiurando, quo res ex affectu domini æstimatur, quæ pœna ut gravior est, ita maius delictum desiderat: hoc etiam accedit ad dissimilitudinem, quod in illo iureiurando dolus et contumacia per se spectantur, et quia tales sunt, coercentur; non etiam in re perempta ad perpetuationem obligationis exiguntur, ut in eo de quo nunc agimus. Nihil prodest ad hoc iusiurandum inducendum mora debitoris, ac ne dolus quidem recusantis, nisi et res post moram interciderit in totum, aut ex parte, ut eatenus iam non exstat. Ait enim Marcianus *in stricti iudicii actione iurari in litem* hac conditione, *si Stichus promissus post moram decesserit.* Unde colligitur, si adhuc exstet, in his iudiciis in litem non iurari. Arg. in *L. 1. vers. huius, supr. de offi. eius.* Et quidem ad rem quæ non exstat, ratio sequens collata est. Sed et hoc apertius declaratur in *L. alias, seq.* cum ita dicitur: *alias si ex stipulatu vel ex testamento*, idest, in strictis iudiciis *agatur, non solere in litem iurari.* Ubi verbum, *alias*, non potest referri, nisi ad conditiones prius comprehensas, quæ significantur ideo esse adiectæ, quia *alias*, idest, extra has in his iudiciis non iuratur in litem. Videndum ergo, cur ad hoc iusiurandum etiam exigatur, ut res debita non exstet. Et ratio hoc loco addita est: *quia iudex æstimare sine delatione iurisiurandi non potest rem, quæ non exstat.* Sic enim legendum est, non ut in Pand. Florentinis, *sine relatione iurisiurandi*: quo pene supervacuum est monere: est enim in promptu: quia nemo de re controversa iusiurandum defert iudici, ut quis dicat id postea a iudice referri: maxime autem iusiurandum in litem, quod totum defertur a iudice, et si ab alio delatum sit, nullum est. *L. 4. §. deferre, supr.*

Et hoc de verbis constat. Sed ratio ipsa per se parum expedita est, omninoque diligenti cautione et animadversione indiget. Videtur enim pariter et sententiam falsam continere, et ad id quod propositum est, esse inepta: ut si ita est, nulla potuerit adferri vitiosior. Primum falsum, non posse iudicem rem quæ non exstat, æstimare sine delatione iurisiurandi. Quid enim? an non potest actorem cogere, ut probet rem tanti esse, quanti esse dicit, et eo probante rem tanti æstimare sine alio actoris iureiurando? Sed et sine alia eius probatione aut iureiurando an non potest illi affirmanti credere? nam quomodo rem æstimat, cum actor delatio sibi iureiurando de æstimatione iuravit? non aliter, quam eius affirmationem de rei æstimatione sequendo, et tanti reum condemnando. Quid ergo prohibet, quominus et cum ille nihil iuravit, sed tantum rem tanti esse affirmavit, hanc eius affirmationem iudex sequatur, ut tanti et ipse rem æstimet, et tanti reum condemnet? Iniquum est, dices, talem affirmationem sequi sine iureiurando. Sed nihil hoc ad defensionem, ut videtur. Non enim dicitur iniquum esse rem ita æstimare; sed iudicem ita æstimare non posse: quod verum non est. Iam vero ut maxime sententia vera sit; tamen quia pro ratione affertur, hoc ipso vitiosa est, si non est idonea ad efficiendum id, ad quod adhibetur, qualis esse hæc videtur. Sic enim colligit: quia rem quæ periit, iudex æstimare sine delatione iurisiurandi non potest, ideo in litem, id est, in eam æstimationem deferendum iusiurandum, et iuran-

randum est, ut scilicet iudex hanc secutus tanti reum condemnet. Non recte colligitur, dixerit aliquis. Non enim necesse est ad rem æstimandam iusiurandum adhibere, nisi prius constiterit actore æstimationem non probante, nihilominus rem a iudice esse æstimandam, ut reus in eam æstimationem condemnetur: quinimo æstimatione sublata supervacuum est de æstimatione iusiurandum. At de necessitate hac rem æstimandi nihil Marcianus dicit; et si rem hoc casu æstimandam esse diceret, videri posset falsum quoque hoc esse: cum potius dici debuerit iuxta regulam iuris, actore non probante non litem adversus eum æstimandam, sed reum absolvendum. *L. qui accusare*, *C. de eden.* Quæ explicanda sunt. Et ut sunt ista a me proposita, ita prius de veritate sententiæ respondebo. Quod ergo dicitur non posse iudicem rem quæ non exstat, sine delatione iurisiurandi æstimare, re vera falsum est, si quis de eo, quod natura fieri potest, interpretetur. Sed hoc sic accipiendum est: ut non possit iure atque ex officio iudicis, quia non potest sine iniuria aut actoris aut debitoris. Namque si volet ideo rem æstimare sine delatione iurisiurandi, quia probationem exigat ab actore, et huic probationi tantum credi velit: id quidem instituit, quod fieri natura concedit. Potest enim actor id probare, ut deinde iudex fidem huius probationis sequatur; sed fiet actori iniuria, si hanc probationem potius ab invito exiget. Sic enim eveniet, ut illo de æstimatione non probante, reus absolvi debeat. At re amplius non exstante, æstimationis eius aut difficilis, aut potius nulla legitima probatio est. Nam instrumentis hic locus non est. Neque enim ulla instrumenta confici solent, quæ contineant, quanti res sit, cum interit. Testes qui de æstimatione dicant, non temere reperiri possunt. Aut enim rem cum exstaret, non viderunt; aut si viderunt; non observarunt curiosius, quanti esset: aut si quando obiter observarint, nunc non meminerunt. Porro actorem in hac caussa ideo æstimationem amittere, quia de ea docere non possit, aperte iniquum est: cum cur res periret, ideoque et de æstimatione rei illi agendum esset, per debitorem factum sit: cuius mora, aut culpa actori nocere non debet. *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *L. factum*, *infr. de reg. iur.* Ita, ut dixi, non potest in hac re sine actoris iniuria probatio ab eo exigi, ubi hanc iudex omissa delatione iurisiurandi omnino sequi velit. Quid tamen, si actor sponte sua probet quanti res fuerit? nonne saltem hoc casu verum erit posse iudicem rem æstimare et natura et iure, idque sine delatione iurisiurandi? Verum erit; sed ad hunc locum non pertinet. Non enim hic agitur, quid iudex statuere possit adversus volentes, sed quid adversus invitos. Alioqui nemo dubitat, quin volente debitore iudex possit credere solum affirmanti actori, et ita litem æstimare sine ullo iureiurando. Quod si iudex necessitate probandi actori remissa volet nudam eius æstimationem sequi sine delatione iurisiurandi: vitabit quidem iniuriam, quæ alioqui actori fieret; sed iniuriam faciet reo, quod cum posset actorem sine iniuria obstringere religione iurisiurandi, ne falsum diceret, et hanc veluti probationem ab eo exigere, maluit eum absolute in caussa sua facere iudicem. Quod cum genere ipso iniquum sit, nunquam quoad eius fieri poterit, est admittendum. *L. Iulianus ait*, *supr. de iud.* Habet igitur ratio Marciani hanc sententiam: iudicem in proposito neque debere legitimas alias probationes exigere ab actore de æstimatione rei quæ non exstat, ut hoc modo delationem iurisiurandi omittat; neque rursum debere solum affirmanti credere sine iureiurando: quia prius cum iniuria actoris coniunctum sit, posterius cum iniuria rei. Quod cum ita esset, non male dixit Marcianus, quamvis simpliciter, non posse iudicem sine delatione iurisiurandi æstimare rem quæ non exstat: quia non potest iure, non recte, non ex officio: ut generaliter dicimur illa non posse, non solum quæ natura, sed etiam quæ iure et honeste non possumus. *L. filius*, *infr. de cond. inst.* Quod ad ratiocinationem et collectionem Marciani in hac ratione attinet, fateor hoc quoque, si nihil amplius hic dicatur, quam iudicem sine iureiurando æstimare rem non posse: non recte colligi, ideo eum iusiurandum de rei æstimatione actori deferre debere: cum possit dici, posse iudicem pariter æstimationem cum iureiurando omittere. Sed intelligendum est in ratione Marciani assumptionem esse, quæ propositionem in se inclusam habeat. Apparet enim sic illum dicere non posse iudicem rem æstimare sine iureiurando: ut hoc ipsum supponat, et pro certo sumat, postquam res debita post moram periit, debere iudicem omnino rem æstimare, ut æstimatio actori præstetur. Alioqui quorsum pertineret dici: non posse iudicem sine iureiurando rem æstimare, si etiam cum iure-

iu-

iurando adhibito æstimare posset, non cogeretur? Sed addit hoc illum facere non posse sine iniuria, nisi iureiurando prius delato. Ex quo recte colligit hoc ipsum iusiurandum in litem, id est, in eam æstimationem deferendum esse. Sed cur volumus iudicem omnino æstimare debere rem, quæ post mortem periit; ac non potius actore non probante omittitur hæc æstimatio, et reus absolvitur iuxta regulam iuris? *d. L. qui accusare, C. de eden.* Quia necessitas in hac caussa aliud ius postulat. Alioqui culpa debitoris ipsi prosit, actori noceat, ut ante dixi: quod ius et æquitas vetant. *L. factum, L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. iur.* Et tamen ne sic quoque videatur penitus a superiore iure discedi, adhibetur hic iusiurandum, quod pro iusta probatione habetur: idque ita haberi adversus reum ob eandem caussam, quam modo dixi, æquum est. Eadem caussa facit, ut quod per se alioqui iniquum futurum esset, quemquam iudicem in sua caussa fieri, *d. L. Iulianus ait, de iud.* in hac caussa non sit iniquum, ubi iusiurandum ante delatum accedit: cum aliter actori consuli non possit, et huic delationi culpa debitoris caussam dederit.

Si res in pauca conferenda est: Summa hæc erit, quam de iureiurando huius loci, deque eius caussa breviter et dilucide comprehensum teneamus. Cum post moram debitoris res periit, ante omnia hoc statuendum est', debitorem adhuc teneri, non ut rem præstet, quæ non est, sed ut æstimationem. *L. in re, infr. de cond. fur.* Quo fit, ut re in iudicium deducta, iudex rem quæ periit, æstimare debeat, et in tantam pecuniam reum condemnare. Res expedita, si de æstimatione rei inter actorem et reum conveniat, ut quanti eam rem fuisse dicat actor, tanti fuisse reus fateatur. Quod si de eo erit controversia, ut reus tanti fuisse neget: hic non sequimur regulam iuris de onere probandi, quæ ei qui dicit, probationem imponit, et eo non probante reum absolvi iubet. *L. 2. infr. de prob. L. qui accusare, C. de eden.* Sed res committitur iuriiurando actoris, ut quanti rem fuisse iudice deferente iuraverit, in tantam æstimationem reus condemnetur. Cur ergo aut probanti non creditur solum, aut non creditur solum' affirmanti? Quia neutro modo iudex rem æstimare potest sine iniuria, eoque nec eum æstimare posse credendum est, quomodo Marcianus loquitur. Nam si exigimus ab actore, ut probet quanti res sit, nec aliter ei credimus: cogimus eum una cum re etiam æstimationem amittere: quia hanc facile probare non potest. Rem autem illi perire, quia non probet, iniquum. Debitoris enim culpa factum est, cur æstimatio in dubium vocaretur: cum si rem suo tempore præstitisset, actor consequutus esset, quod vellet, nec iam de æstimatione rei quæreretur. Hæc culpa ipsi qui admisit, non adversario nocere debet. *d. L. in condemnatione, §. unicuique, L. factum, infr. de reg. iur.* Rursum sic probationis necessitas in hac re actori remittenda est, ut non possit iudex sine iniuria solum affirmanti credere: cum possit hanc saltem quasi probationis speciem ab eo exigere, iusiurandum. Quod quia in ipsius potestate est, recte fit, si ab eo exigitur, et ipse sine turpitudine recusare non potest. *L. manifestæ, supr. de iur.* Ita fit, quod Marcianus ait, ut et in proposito non possit iudex rem æstimare, quæ non exstat: non possit, inquam, recte, non possit sine iniuria, nisi delato iureiurando. At hoc interposito simul evenit, ut utrique parti consulatur: actori quidem, dum per hoc iustæ probationis onus ei remittitur; reo autem, dum quantum probationis licet ab actore exigere, tantum exigitur, nec temere affirmanti fides habetur. Hinc illa necessitas huius iurisiurandi interponendi, de qua dixi propter quam recte dictum est a Marciano in hac specie *in litem iurandum esse*, non iurari. Necesse est enim id iusiurandum interponi, siquidem utrique parti consultum volumus, ac sine eo res ut oportet, æstimari non potest.

Sed quoniam hucusque diximus † huic 20
iuriiurando locum esse, cum res periit, cum interiit, cum amplius non exstat, veluti cum Stichus decessit: ne quis hoc sic accipiat: quasi non alias locus sit ei iuriiurando, quam cum res in totum periit, ut fit, cum Stichus decessit: diligenter monendum puto, idem admittendum esse et in re deteriore post moram facta, ut iuretur hic et de æstimatione, quatenus res deterior facta est. Nam et id quod eatenus periit, *non exstat*: nec magis potest nunc æstimari sine iureiurando, quam si res omnino periisset. Et vero quod iuris est de toto, idem et de parte intelligendum esse placuit. *L. quæ de tota, supr. de rei vind.* Atque huc pertinuit, quod initio huius caussæ de interitu dixi, nihil prodesse moram ad hoc iusiurandum, nisi res post moram interciderit in totum aut ex parte, ut eatenus non exstaret. † Ad extremum non 21
est prætereundum, quod Marcianus ait,

hæc

hæc statui non in actione stricti iudicii, sed *et in actione stricti iudicii.* Iam dixi aliquoties hac coniunctione nos admoneri, quod hic actionibus stricti iudicii tribuitur, ita his tribui, ut sit etiam cum aliis commune. Atque hoc voluit intelligi, si quid ex bonæ fidei, aut arbitrariis actionibus præstandum sit, quod itidem post moram debitoris possessorisve perierit, non minus, atque adeo multo magis etiam in his eodem modo iurandum esse, ut in quibus et eadem æquitatis ratio, et natura actionum plenior, evidentius idem ius desiderent; sed ius ita per se æquum esse, ut nulla habita ratione actionis, etiam in strictis iudiciis admittatur. Sed hæc omnia, inquam, ita, si res post moram aliquatenus non exstet. Quod si adhuc exstabit, contra: de quo clarius subiicitur in fragmento sequenti.

Ad L. Alias 6.

Paulus lib. 26, ad Edictum.

Alias si ex stipulatu vel ex testamento agatur, non solet in litem jurari.

SUMMARIUM

1. *In strictis iudiciis nunquam in litem iurari, quamvis post moram debitoris, quandiu res petita exstabit, et cur potius, quam re non exstante.*

1 SEnsus est: quod de iureiurando in litem strictis iudiciis admittendo dictum est in extremo capitis præcedentis: recte admissum est, cum res post moram exstare desiit: tum enim id locum habet. Alias, idest, si adhuc res exstabit, non solet in litem iurari ullo modo, si ex stipulatu, vel ex testamento agatur, idest, in stricti iudicii actione, quales hæ sunt actiones. Hæc enim exempli caussa dicta sunt, ut exprimeretur exemplis, quod in superiore capite generaliter dictum erat, de actione stricti iudicii. Cæterum ut illic iusiurandum in litem generaliter admittitur in hoc genere actionis sub hac conditione, Si Stichus post moram promissoris decesserit: ita sub contraria conditione repudiatur in omnibus eiusdem generis, si Stichus promissus adhuc exstabit. Proinde in omnibus condictionibus indebiti, ob caussam, et similibus, quæ et ipsæ stricti iudicii sunt, idem iuris est. Bene autem dictum est in his hoc casu in litem non iurari; non autem et in his, ut aliæ quoque actiones, quæ stricti iuris non sunt includantur, ut supra factum est, cum Marcianus dixit, *et in actione stricti iudicii interdum in litem iurandum.* Non enim ut omnium actionum commune est, ut in his iuretur in litem, cum res post moram periit: ita est omnium commune, ut in his non iuretur, si adhuc res exstabit. Solum actionum stricti iudicii hoc proprium est, ut in his re exstante nunquam in litem iuretur. Diversum est in bonæ fidei iudiciis et arbitrariis: in quibus utcunque dolo adversarii fiat, ut res non restituatur, quantumvis exstet, iuratur in litem: et quidem ita, ut rei æstimatio arbitrio domini subiiciatur. Huic enim iuriiurando in contumacia rei locus est. *L.* 1. *L.* 2. §. 1. *supr. L. tutor*, *infr. eod.* Non est autem contumacia, nisi cum qui restituere rem debet, et potest, is non restituit. *L. contumacia*, *in fin. infr. de re iud.* Sed cur in strictis iudiciis re post moram perempta iusiurandum actori damus, ut de vera æstimatione iurans audiatur; re autem exstante ubi itidem quæratur de rei æstimatione, et res dolo etiam adversarii non præstetur, non idem iusiurandum actori concedimus? Quia cessat necessitas et æquitas superior, propter quam re non exstante iusiurandum de rei æstimatione admitti diximus. Re enim sublata ex oculis, probari facile non potest, quæ fuerit æstimatio exstantis, quam homines aut non viderunt, aut non considerarunt attentius, ut possent tum pretium statuere, vel eius nunc meminisse. Rei autem exstantis æstimatio facile probari potest, si de ea dubitetur. Tantum enim res subiiciatur oculis hominum peritorum, tum hi re considerata statim dicent, quanti res sit: in quo non tam testimonio, quam peritia et iudicio opus est. Nunquam autem de hoc iusiurandum tam reo periculosum nisi magna caus-

caussa exigente decurrendum est. Atque hinc apparet, quam recte in extremo præcedentis capitis dixerim etiam tunc hoc iusiurandum admittendum esse, cum res deterior facta est, ut hactenus et de æstimatione iuranti credatur. Nam quod periit, et quo res deterior esse cœpit, non magis oculis subiici potest, ut probetur eis æstimatio ex aspectu, quam potest tota res, quæ periit.

Ad L. Vulgo. 7.

Ulpianus lib. 8. ad Edictum.

Vulgo præsumitur alium in litem non debere jurare quam dominum litis. Denique Papinianus ait, alium non posse jurare, quam eum qui litem suo nomine contestatus est.

Exposui ad *L.* 4. *in pr. supr.*

Ad L. Si tutor. 8.

Marcellus lib. 8. Digestorum.

Tutor rem adulti, quam possidet, restituere ei non vult, quæro, utrum quanti res est, an quanti in litem juratum fuerit, condemnari debeat? Respondi, non est æquum pretio, (idest quanti res est), litem æstimari, cum et contumacia punienda sit: et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit, potestate petitori in litem jurandi concessa.

Exemplum est pertinens ad definitionem, quæ traditur in principio *L.* 5. *supr.* Ubi de toto genere, et de ratione huius loci a me dictum est.

Ad L. Cum furti. 9.

Javolenus lib. 15. ex Cassio.

Cum furti agitur, jurari ita oportet, tanti rem fuisse, cum furtum factum sit: non adjici, *eo plurisve*: quia quod res pluris est, utique tanti est.

SUMMARIA

1. *In furti actione etiam in litem iurari posse.*
2. *In furti actione iurari, quanti res sit: et quanti tunc, cum furtum factum est.*
3. *Non esse necesse adiicere*, Plurisve.

Ex furto duas esse actiones constat, furti, et condictionem furtivam: illam de pœna furti: hanc de re subtracta. §. *ult. Inst. de obl. quæ ex mal. L. si pro fure*, §. 1. *infr. de cond. fur.* De actione furti hic agitur, ut illa verba indicant: *Cum furti agitur.* In qua circa iusiurandum in litem quatuor quæruntur. Primum, an hic in litem iurari possit. Secundum, si potest: quam ad rem, seu qua de æstimatione iurandum sit. Tertium, quo ex tempore res æstimanda. Quartum, quomodo iurandum. Hic enim naturalis ordo est in his quærendis. Quæ quatuor Iabolenus hoc loco magna brevitate complexus est, de singulis quid sentiat, partim significans, partim exprimens. † Primum pro explorato 1
sumit etiam in hac actione in litem iurari posse. Non exprimit id quidem, sed posteriora duo statuens, quæ sunt iuriiurando admisso consequentia, aperte antecedens ponit, quod est iusiurandum. Et recte hic quo-

quoque iusiurandum in litem admittit. Etsi enim furti actio stricti iudicii est: tamen etiam in hoc genere actionum placet in litem iurari de vera æstimatione, si res de qua agitur, post moram perierit. *L. in actionibus, in fin. supr.* quod et ad actionem furti pertinet. Nec moveri debemus, quod hæc actio est de pœna furti, non de re furtiva, cuius de æstimatione in hoc iureiurando quæritur. Sic enim actio de pœna est, ut non eo minus in eo iudicio et res furtiva æstimanda sit. Petitur enim ea actione duplum aut quadruplum. §. *pœna*, §. *ult. Inst. de oblig. quæ ex mal.* Id quantum sit, intelligi non potest, nisi prius constiterit, quanti sit res furtiva, idest, id simplum, quod duplandum aut quadruplandum est. Quod si hic res æstimanda est: etiam de ea æstimatione iusiurandum locum habebit.

2 † De secundo ita scribit, iurari oportere, tanti rem fuisse, quæ verba veram æstimationem continent: et hoc indicant, iusiurandum hoc esse de vera æstimatione, ut iuret actor quanti res sit furtiva, seu quanti eius intersit, non autem quanti ex affectu rem æstimet. *L. 2. §. ult. sup. qui sat. cog. L. non abs iudice, supr. de iud. L. 1. L. tutor, supr. eod.* Quod congruit his, quæ de iureiurando in litem strictis iudiciis admittendo supra diximus ad *d. L. in actionibus, in fin. sup.* De tertio aperte scribit, tanti rem æstimandam esse, quanti fuit, cum furtum factum est. Atqui si de re condictione furtiva ageretur, æstimatio fieret eius temporis, quo res unquam plurimi fuisset, postquam furtum factum est. *L. in re, §. 1. infr. de cond. fur.* Cur non igitur et in actione furti, cum res æstimanda est, idem dicimus? Differentiæ ratio est, quod in condictione res furtiva petitur: quod quia omnibus temporibus debetur, ideo ex omnibus temporibus æstimanda est pro arbitratu et commodo petitoris. In actione autem furti non res petitur, sed furti pœna: quam æstimari oportet ex eo tempore, quo furtum factum est. Actio enim furti, quæ hanc pœnam persequitur, iure proposita est ei, cuius interfuit rem non surripi. *L. cujus, 10. infr. de fur.* Hæc verba ad id quod interest eo tempore, quo furtum factum est, non obscure referuntur. † Quod reliquum est, definit ita oportere iurari, ut satis sit actorem dicere certam summam, quanti rem fuisse iurat, non autem habere necesse adiicere, *plurisve.* quod eo dicit, ut occurat eorum dubitationi, quibus metu periurii hoc ita addendum esse videri potest. Nam quam rem jurat quis valere viginti, fieri potest, ut ea valeat viginti quinque: quod si fit, putent fortasse aliqui peierari. Quare adversus hoc periculum censent consultum esse, ut dicatur rem tanti esse, aut eo pluris: quoniam hac adiectione contineatur et si quid pluris est, atque ita vitetur periurium. Et ad hoc diluendum subiecta est ratio sequens. Non oportet, inquit, *adiici eo, plurisve*: quia quæ res pluris est, utique tanti est. Significat his verbis, non esse metuendum in proposito, ne is qui iuravit rem valere viginti, videatur peierare, si res pluris valeat, puta viginti quinque: quia si valeat viginti quinque, utique verum est, et valere eam viginti, de quibus affirmatum est: inest enim semper minor summa in maiore. *L. 1. §. si stipulanti, infr. de ver. obl.* Locus autem interpungendus est hoc modo: *non adiici eo, plurisve*: *ut eo* coniungatur cum verbo *adiici*, non cum verbo *pluris*, sitque sententia: non oportere *eo*, idest, ad certam summam, quæ prius expressa est, adiicere hæc verba, *plurisve.* Quod ad rationem attinet, nihil interest, utrum legatur hoc modo: quia quæ res pluris est, utique tanti est, ut in in quibusdam exemplaribus; an vero ut in Flor. quia quod res pluris est, utique tanti est. Nam et quæ valet vigintiquinque, eadem haud dubie valet viginti: et hoc ipso valere eam viginti colligitur, quod vingintiquinque valere concesseris. 3

Ad L. In Instrumentis. 10.

Callistraus lib. 1. Quæstionum.

In instrumentis, quæ quis non exhibet actori, permittitur in litem jurare, quanti sua interest, ea proferri, ut tanti codemnetur reus. Idque etiam divus Commodus rescripsit.

Et hic exemplum est actionis ad exhibendum, in quo in litem iuretur, quod item referri debeat ad definitionem *L. 5. supr.* ut et exemplum. *L. tutor, supr. eod.*

Ad L.

Ad L. De perjurio ult.

Paulus Lib. 3. Responsorum.

De perjurio ejus, qui ex necessitate juris in litem juravit, quæri facile non solet.

S U M M A R I A.

1. De perjurio ejus qui in litem juravit, quæri *quid sit, et vis jurisjurandi.*
2. Non facile, *quid sit, et quæ sit justa caussa ad jusjurandum in litem retractandum.*
3. *Criminaliter de hoc perjurio agi non posse.*
4. *Civiliter agi quando possit, et qua actione.*
5. *Jusjurandum in litem nunquam retractari posse: perjurium in eo jurejurando interdum posse.*
6. *Perjurium in jurejurando solum posse retractari, cum juratum est in litem.*
7. *Jusjurandum in litem quanti res est, solum esse, quod hic dicitur esse ex necessitate juris: cur ita dicatur, et in eo solo esse locum retractationi.*
8. *Summa retractationis ejus, quæ jure esse potest de omni jurejurando in litem, et simul de vi omnis ejus jurisjurandi.*
9. *Hæc verba*, ejus qui ex necessitate juris in litem juravit, *pro ratione definitionis propositæ accipienda non esse.*
10. *Necessitas iuris in iureiurando in litem duplex intelligi potest.*
11. *Necessitas iuris publici in iureiurando in litem nulla, quæ eum cui defertur, cogat iurare.*

AIT Paulus, *De periurio eius, qui ex necessitate iuris in litem iuravit, quæri facile non solere.* Definitio est ad vim iurisiurandi in litem pertinens, qua declaratur in summa, eius iurisiurandi vim hanc esse, ut quamvis invito adversario deferatur; tamen de periurio eius qui iuravit, quæri postea non possit, neque ad caussam eo iureiurando decisam retractandam, neque ad periurium ipsum per se puniendum. Aut si quæri potest, non possit facile, id est, non nisi ex magna et evidenti caussa. Quod an significetur hac definitione, et quænam sit ista caussa, videamus. Nam prius ex verbis non satis intelligitur; posterius ne significatur quidem, sed in dubio relictum ratione et collatione aliorum locorum explicandum est. Ait ergo, *de periurio eius qui in litem iuravit, quæri non*
1 *solere.* † De hoc periurio quæritur, cum de eo agitur. Agi autem potest aut civiliter, aut criminaliter. Civiliter, cum id in quo ultra veram rei æstimationem peieratum est, solutum repetitur, aut nondum solutum recusatur propter periurium. Criminaliter, cum periurium in crimen vocatur, ut puniatur. Quarum actionum in utraque ideo quæri dicitur de periurio eius, qui in litem iuravit: quia instituitur utraque ex hac caussa, quod peieratum esse dicatur. Unde quæstio, an peieratum sit, et an ob periurium rescindi debeat, quod iuratum, aut inde iudicatum est. Quapropter cum ait Paulus, *de periurio eius, qui in litem iuravit, quæri non solere*, hoc dicere intelligitur: neutrum horum concedi, vel ut retractetur iusiurandum prætextu periurii, vel ut periurii accusatio ad pœnam instituatur. † Sed addit, *non facile*: quo significatur non temere id concedi, nec sine iusta et evidenti caussa: ex hac tamen caussa concedi et de periurio quæri posse. Id enim valet, *non facile*: ut diserte explicatur in illa regula iuris; *Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus; tamen ubi evidens æquitas poscit, subveniendum est.* L. pen. supr. *de in int. rest. L. etsi, supr. de reg. iur.* nam illi orationi, *non facile quidquam mutandum est ex solemnibus*, opponitur hæc adversativa, *tamen cum evidens æquitas poscit, subveniendum est.* Prius ergo hoc dicebatur, nihil mutandum esse sine magna et evidenti æquitate: cui adversatur, ex evidenti æquitate esse subveniendum. Sic in *L. venditi*, 6. *C. de act. empt.* cum dicitur venditi actionem, si non aliud ab initio convenit, non facile ad rescindendam actionem competere: hoc omnes dici intelligunt, non facile quidem competere, quia raro et nunquam nisi magna ex caussa; interdum tamen, et ubi iusta caussa fraudationis exigit: ut cum venditor nec dimidium iusti pretii accepit. *L. 2. C. de rescind. vend.* 2

Postquam ex magna saltem caussa de periurio eius, qui in litem iuravit, quæri potest: nihil proficitur hac definitione, nisi

si quæ sit ista caussa, intelligitur: quippe qua non cognita fieri possit, ut ubi non oportet, hanc quæstionem admittamus; contraque ubi oportet admittere, denegemus. Quæ sit ergo, quærendum est: ex quo eadem opera, et quando de hoc periurio quæri non possit, et quando possit, cognoscemus.
3 † Et perspicuum est nullam admodum agenti idoneam caussam esse de eo quærendi, si agatur criminaliter: quia ut periurium puniatur, in quo est solum vindicta publica, privati nihil interest, *L. prætor*, 7. §. 1. *infr. de iniur.* Quo fit, ut putem de periurio eius qui in litem iuravit, criminaliter et extra ordinem quæri nec posse, nec solere. Confirmaturque id generali illa sententia *L. 2. C. de reb. cred.* iurisiurandi contemptam religionem satis Deum ultorem habere: de qua satis diximus titulo superiore.
4 † At caussa esse potest, si reus de damno privato laboret, vel repetens, quod amplius iusta æstimatione solvit, vel solvere recusans, quod amplius exigitur. Proinde hoc casu potest iusiurandum retractari, nempe civiliter agendo de re privata et familiari. Nec dubium est, quin possit, si potest id quod in dubiis caussis a iudice delatum est, ut posse retractari constat. *L. admonendi, supr. de iur.* Nam utrumque pariter a iudice defertur, et utrumque iudex sententia sua confirmat, dum secundum eum iudicat, qui iuravit. Nondum tamen satis caussæ ad quærendum de periurio, quod de privato damno sarciendo aut vitando agatur, nisi et probatio periurii idonea accesserit, de qua in *d. L. admonendi.* Cum enim et illud necessarium iusiurandum, de quo illic agitur, et iusiurandum in litem, de quo hic, pariter, ut dixi, a iudice proficiscantur, atque hoc in litem non minore æquitate nitatur: nihil dici potest, cur hoc facilius rescindatur, quam illud. Iam vero post rem illo priore iureiurando decisam ita permittitur de eadem re ex integro agere, si quis ad periurium convincendum nova se instrumenta invenisse dicat, quibus solis utatur: ut sciamus non audiri eum, qui paratus sit periurium probare testibus: quia hi subornari possint, instrumenta non æque: de quo diximus plura ad *d. L. admonendi.* Quare et in iureiurando in litem retractando eadem illa probatio sola admittenda est. Cæterum hac allata, retractatio concedetur. Sic autem evenire potest, ut res explicetur, repertis postea probationibus seu instrumentis. Finge cum deberetur, equus, aut unio pretiosus, eaque post moram debitoris periissent, debitorem deferente iudice iurasse duplo pluris res esse, quam valebant, et reum tanti condemnatum esse. Comperto postea periurio non prohibetur reus id quod amplius est vera æstimatione, si solvit, repetere, aut nondum solutum recusare, ut proposui; sed ita, inquimus, si doceat de periurio, instrumentis postea repertis. Huius rei usum præbere possunt, aut prolatum inventarium bonorum defuncti creditoris, in quo et equus et unio a peritis æstimata erant: quæ tamen heres de his agens multo pluris fuisse iuravit; aut prolata sententia, qua cum de iisdem rebus ageretur, res iusto pretio non repugnante reo æstimatæ sunt: qui de his ipsis postea cum alio agens, multo pluris eas esse affirmavit. Tantum in instituenda hac retractatione laborabitur in eo, qua actione reus repetat, quod amplius vera æstimatione ex periurio adversarii condemnatus dederit. Nam cum ex caussa iudicati solverit, condicere ut indebitum non potest. *L. 1. C. de cond. ind.* Et cessantibus aliis actionibus, erit actio de dolo adversus eum, qui falsum iurando obtinuit, ut secundum se iudicaretur. L. *servus*, §. *ult. arg. in L. quod si deferente, supr. de dol.* Quod si reus condemnatus nondum solvit id in quo peieratum est: certi iuris est, cui re iam soluta damus actionem ad solutum repetendum, ei pecunia nondum soluta multo magis adversus petentem competere exceptionem. *L. invitus*, §. 1. *infr. de reg. iur.* Quæ si ita sunt, hucusque hæc erit summa retractationis eius, quæ hoc loco attingitur: ut de periurio eius, qui in litem iuravit, ad criminis vindictam agi non possit. At si de æstimatione in qua peieratum est, agatur, possit iusiurandum et caussa eo iureiurando decisa retractari ad eam æstimationem aut repetendam, si soluta est, aut non solutam defugiendam: Sic tamen, si reus de periurio paratum se dicat docere instrumentis, quæ nunc primum invenerit, non testibus. Alias de periurio eius qui in litem iuravit, non quæritur.

Quam retractationem Paulus, et quando admittat, tenemus. Cui rei hanc attribuat, expendendum est. Attribuit enim non iurijurando, sed periurio: nec periurio cuiusvis, sed eius qui in litem iuravit: nec omnis qui in litem iuravit, sed eius, qui iuravit ex necessitate iuris. Quæ non dubium est singula addita esse consulto discretionis caussa, quo intelligeremus in rebus contrariis ius diversum observari. Hoc cognoscendum est, qua in re ius diversum et quamobrem

rem servetur. † Dicit ergo de periurio, non de iureiurando: quia ut definit, *de periurio non facile quæri solere*: ita hoc ipso quæri aliquando significat, ut ostendi. Hoc autem de periurio solo recte dici potest; de iureiurando non potest. Iusiurandum in litem, quodcunque sit, si periurium non habet, retractari non potest. Nam cum et iusiurandum id, quod res æstimatur arbitrio domini ob dolum non restituentis, et illud quo res ob id quod non exstat, æstimatur quanti est, utrumque iusta de caussa interponatur: *L. tutor. L. 5. in fi. supr. eod.* perspicuum est non modo nullam esse caussam, cur ista retractentur, sed etiam iustas esse cur non retractentur: cum quæ caussæ ab initio fuerant ad iusiurandum statuendum, eædem et nunc iustæ sint ad retinendum. † Dicit, *non facile quæri solere de periurio*, non quovis, sed *ejus qui in litem iuravit*: quia his verbis, ut dixi, de hoc ex caussa quæri posse significat. Quod eo fit, quia invito adversario iusiurandum hic defertur, ut nulla hic sit conventio, quæ adversario retractanti obstet. Diversum est, si inter litigatores iureiurando transactum sit negotium. Et diversum in eo, non quod caussam eandem facile retractare liceat, sed quod omnino non liceat, nec periurii prætextu. *L. admonendi, supr. de iur. L. 1. C. de reb. cred.* idque propter conventionem. *L. sed etsi servus, L. qui iurasse, seq. §. ult. supr. de jur.* † Addit de periurio eius, qui in litem iuravit ex necessitate iuris. Hoc quidem obscurius, dum dubitatur, quæ hic necessitas iuris intelligatur, et utrum pro ratione, an distinctionis caussa hæc verba addita sint. Ego autem non dubito, quin et hæc ipsa adiecta sint distinctionis caussa, ut superiora, ut intelligeretur duplex esse iusiurandum in litem: unum eius, qui nulla necessitate iuris iurat; alterum eius, qui iurat ex iuris necessitate. Ad hunc definitionem hanc pertinere; ad alterum non pertinere. Et ita res habet. Meminisse enim debemus eius, quod diximus ad *L. 5. vers. plane, supr. eod.* esse quoddam iusiurandum in litem, quo res ob dolum non restituentis aut non exhibendis arbitrio domini æstimatur, et ex affectu; esse et alterum, quo res æstimatur solum quanti est. Quod fit, cum res debita post moram debitoris periit: ut iam æstimatio eius aliter probari facile non possit, quam iureiurando. Prius necessitatis non esse, sed arbitrii et pœnæ, cum absque eo indemnitati actoris consuli potuerit. Nisi tamen necessarium quis esse dicat, quia delatum recusari non possit: quod secus est, de quo paulo post. Posterius id demum esse, quo necessitate iuris iuratur ab actore: iuris non publici, quasi ius publicum hanc iurandi necessitatem imponat; sed iuris privati, quia ad ius actoris tuendum, ad hoc iusiurandum decurrendum fuerit. Hoc dico, ad posterius hoc retractationem, et quæstionem periurii, de qua hic dicitur, pertinere; quia in eo periurium esse potest; ad prius non pertinere, ac nec posse, quia in eo nullum esse potest periurium. Qui enim de vera æstimatione et quanti res sit, iurare debet, is potest peierare affirmando rem pluris esse, quam est. Qui autem iure concedente ex affectu rem æstimat, et de eo iurat, nihil peierat, quantumvis verum pretium excedat, atque adeo iuret in immensum; quia de arbitrio et affectu suo iurat, non de vero rei pretio. Itaque quamvis Paulus solum dixisset, de periurio eius, qui in litem iuravit, quæri facile non solere: tamen satis dixisset, ut intelligeremus retractationem periurii, de quo definitio concepta est, non pertinere ad prius illud iusiurandum, in quo nullum periurium esset, ac nec esse posset. Cur ergo addidit hæc verba, *qui ex necessitate iuris iuravit*, sine quibus non minus eadem sententia futura esset? Quia etsi in universum vere dicitur de periurio eius, qui in litem iuravit, quæri facile non solere, ut significetur is solum, qui peierat; solus autem is peierat, qui de vera æstimatione iuravit: tamen hoc ipsum potuit dubitari, in quo iurante hoc periurium inesset. Quod ille his verbis demonstrare voluit: atque hoc indicat, inesse solum posse in eo, qui ex necessitate iuris sui delato de vera æstimatione iureiurando, iurat; non in eo, qui nulla necessitate iuris sui tuendi rem æstimat arbitrio suo. Unde quam sententiam huius loci esse supra dixi de retractatione periurii eius, qui in litem iuravit, hæc non minuitur, aut mutatur hac adiectione, sed maxime confirmatur, tantumque ea declaratur, ubi id periurium, quod proponitur, quærendum sit.

Ex quibus jam clarius quam ante perspicitur, † quæ sit vis iurisiurandi in litem, de qua initio hujus tituli quæri dixi. 8
Apparet autem esse huiusmodi, ut pene nunquam de eo iureiurando quæratur. Nam neque in omne iusiurandum cadit, ut de eo quæratur: et de quo quæri potest, id tale est, ut tribus temporibus de eo agi non possit: uno tantum ex quatuor possit. Idque

que ita accidit. Nam primum caussa priore illo iureiurando pro arbitrio domini decisa, absolutum est, nunquam de iureiurando quæri posse, neque ad vindictam periurii, quod nullum hic esse diximus, neque ad caussam retractandam, quæ non potest retractari sine periurio. Quod si caussa ex posteriore iureiurando decisa sit: tolle periurium: nulla ne hic quidem pœna aut retractatio est. Periurium intervenerit: de eo criminaliter agi non potest. Sola in hoc periurio relinquitur civilis retractatio eius, in quo peieratum est. Atqui ne hæc quidem statim admittitur; sed ita, dum sic agatur, ut periurium probetur, instrumentis post repertis, non etiam testibus. Et breviter sine periurio nunquam iusiurandum in litem refricatur. Et cum periurium est, quod solum in posteriore specie iurisiurandi contingit, non agitur de eo criminaliter. Civiliter agi potest, sed et hoc solum repertis postea instrumentis ad convincendum
9 periurium idoneis. † Sunt tamen, qui hæc verba, *eius qui ex necessitate iuris iuravit*, non pro specie una eorum qui iurant in litem, sed pro ratione definitionis subiectæ accipienda putent: ut sit sensus, ideo non facile quæri de periurio eius, qui in litem iuravit, quia ex necessitate iuris iuravit: sentientes necessitati, quam quis sibi non imposuerit, esse subveniendum, ut et subveniendum est: *L. si fideiussor*, §. 1. *sup. qui sat. cog. L.* 2. §. *si quis tamen*, *sup. si quis caut.* idque dictum esse volunt ad discrimen eius, qui deferente adversario iurans peieravit, cuius quia in potestate fuit iusiurandum non suscipere referendo, ideo de eius periurio sentiunt facilius quæri posse: non quidem civiliter; nam hoc modo retractari non potest: *L. admonendi*, *supr. de jur.* sed criminaliter at extra ordinem, ut puniatur. Hanc enim coercitionem in eo admittunt, eamque periurii pœnam esse interpretantur, cuius fit mentio in *L. nam sufficit*, *supr. de dol.* Quæ interpretatio hoc convenit cum superiore, quod admittit retractationem solum periurii, idque solum in iureiurando eius, qui de vera æstimatione iurare debuit; nunquam autem in eo, qui arbitrio suo rem æstimavit: quia in illo tantum priore periurium est. Hoc discrepat: quod in eo qui delato de vera æstimatione iureiurando peieravit, retractationem civilem nullam agnoscit; extraordinariam admittit, et si non facile: aut etiam utramque tollit, contra quam supra ius esse diximus. Sed procul amolienda hæc interpretatio est. Nam primum nulla eiusmodi necessitas est suscipiendi in litem iurisiurandi, qualem isti intelligi volunt, de quo separatim ad extremum dicetur. Deinde si qua esset: nunquam tamen eam necessitatem pro ratione propositæ definitionis admittere deberemus. Paulus ait, *non facile quæri solere de perjurio ejus, qui in litem iuravit.* Inepta plane ratio est, si dicat eo fieri, quia ex necessitate iuris iuravit. Dici enim potest, excusandum esse actorem, quod iuravit in litem: quia ex necessitate iuris iuravit. At profecto eadem necessitatis ratione dici non potest excusandum esse eius periurium: quoniam nulla necessitate iuris peieravit. Iusiurandum enim ab eo exigebatur, non periurium. Quinimo in iureiurando exigendo hoc ipsum exactum est, ne peieraret: religio enim et fides ab eo exigebatur. Quamobrem si peieravit, fecit volens, non coactus: nec tantum volens, sed etiam improbe. Ut proinde non magis excusatione dignus sit in periurio, qui in litem iuravit, quam alius quivis, qui deferente adversario peieravit. Manebit igitur sententia huius loci, et vis iurisiurandi, quam ante ostendimus: si tamen prius recte constituerimus, necessitatem iuris, quæ hic appellatur, significare eam necessitatem iuris privati, quam dixi, non autem necessitatem iurisiurandi suscipiendi, quam in iureiurando in litem nullam esse volumus. De quo quia dubitari potest, et cognosci ad universam quæstionem de iureiurando in litem pertinet, superest iam, ut de eo separatim non nihil dicamus.

† Ex NECESSITATE IURIS IURAVIT.) Hæc 10
necessitas duplex intelligi potest. Aut enim necesse habet actor in litem iurare, quia ius cogit eum suscipere iusiurandum, ut quamvis alioqui æstimatione vera contentus sit et de ea probare malit testibus, aut instrumentis, quam iurare: tamen non audiatur, sed omnino iurare debeat, vel caussam amittere. Aut dicitur necesse habere habita ratione iuris sui privati: quia scilicet liceat quidem ei non iurare, et nihilominus vincere, si modo probet de æstimatione; sed quoniam facile probare non potest æstimationem rei non exstantis, et tamen ad vincendum aut probare aut iurare debet, ideo privata utilitate eo adducatur, ut cogatur iurare: alioqui res ei perierit. Utraque necessitas recte iuris necessitas dicitur, sed non una significatione. Nam prior necessitas est necessitas iuris publici, quia ius publicum hanc imponit: si quis enim suscipere delatum iusiurandum cogitur: is iure

co–

cogitur, sive ei utile sit, sive non sit. Altera, est et ipsa necessitas iuris, sed privati iuris: idest, ea quam non ius civile, sed ratio privati iuris nostri tuendi nobis adfert, quia aliter ius salvum habere non possumus. Prior omni ei, cui iusiurandum in litem defertur, imponi potest: nihil enim vetat iurisiurandi conditio, quominus iubeatur suscipere iusiurandum is, cui defertur. Posterior in eum tantum cadit, qui de æstimatione rei non exstantis laborat: quia hæc sola est æstimatio, quæ facile probari non possit, et quam nisi actor consecutus sit, rem salvam non habeat, ut docui ad *L. 5. vers. plane, supr. eod.*

11 † Hoc intellecto, nego ullam esse necessitatem iuris publici in iurando in litem: nego eum cui iusiurandum in litem a iudice defertur, cogi iure id suscipere; sed huic liberum esse ita id recusare, ut si de æstimatione probare velit, nihilominus audiri, et re probata vincere debeat, quodcunque tandem id erit iusiurandum in litem: quod et Bartolus recte sensit, et scripsit in hunc locum. Omne enim iusiurandum in litem, tam quod est de affectione iurantis, quam quod est de vera æstimatione, comparatum est actoris caussa: posterius quidem ad eum probatione sublevandum; prius autem etiam ad eum augendum, ut pro suo arbitratu pretium rei suæ dicat, quod velit. Utrumque ita adversus reum, ut sit etiam adversus invitum, cui post iusiurandum nihil relinquitur, nisi ut condemnetur. Delatum igitur actor impune recusabit: cum liceat unicuique iuri pro se introducto renunciare, *L. pen. C. de pact. L. si iudex, supr. de min.* Non idem servatur in iureiurando quod non est in litem, sed ab adversario defertur: quod nisi refertur, sine iusta caussa recusare non licet. *L. iusiurandum et ad, §. ait, et §. datur, L. manifestæ, supr. de iur.* Sed hoc contraria de caussa, quia et deferentis caussa defertur, eiusque interest id suscipi, ut citius et sine molestia atque omni sumptu a lite discedatur. At etiam iusiurandum illud necessarium iuriiurando in litem non dissimile, quod pariter defertur a iudice, et invito adversario; illud inquam, quod a iudice defertur in dubiis caussis, recusari non posse superiore titulo diximus, idque expressum est in *Cap. ult. extr. de iur.* Sed et hoc a iureiurando in litem in eo, de quo nunc agitur, diversum est: defertur enim maxime iudicis et adversarii alterius caussa. In dubiis enim caussis, idest, ancipitibus, et in quibus pares sunt utrinque probationes, interest iudicis habere, quid sequatur, quod nisi iureiurando alterutri parti delato facile explicare non potest. Interest igitur eius, iusiurandum ab ipso delatum non recusari: aut certe ex recusatione confessionis coniecturam capi oportet. Interest, et adversarii, ne quid videlicet temere in caussa dubia adversus eum a iudice sine iureiurando statuatur. In iureiurando in litem contra nihil interest iudicis ab actore iurari: quia sive actor aliter probat, semper iudici certum est ex iure, quid hic sequi debeat: nam illo probante secundum eum iudicat. *L. negantes, C. de ob et act.* non probante, reum absolvit, *L. qui accusare, C. de eden.* Adversarii interest multo minus, cum potius intersit eius non iurari, si actor nihil probet: quia tum reus absolvatur. Actore autem probante, reus metuere non possit, ne quid temere iudex hic statuat: cum tum maxime æquum sit reum condemnari, cum non iureiurando, sed iustis probationibus convictus est. *d. L. negantes, C. de obl. et act.* Et ideo quod in *L. 4. §. 1. supr. eod.* scriptum est, *adolescentem, si velit, iurare in litem posse*, sic accipiendum est, ut ad omnes actores, quibus idem delatum est, pertineat, intelligaturque illam conditionem, *si velit*, esse conditionem propriam iurisiurandi, non adolescentis. Iurare potest adolescens in litem, si velit; quia hoc habet iusiurandum in litem, ut suscipiatur, si quis velit. Cæterum etsi alii actores erunt, quibus id deferatur, idem ius futurum est: ut nihilominus et ipsi iurare possunt hac conditione, *si velint*, nec ad vincendum denegetur his facultas rem aliter probante. Restat, ergo ut cum hic dicitur ex necessitate iuris iurari, necessitatem alteram interpretemur, nempe privati iuris necessitatem: ut nisi actor iuret, æstimationem una cum re amittat: non quia de æstimatione probare volens iure non audiatur, sed quia natura hic sit rei status, ut æstimationem facile probare non possit. Hæc necessitas cum ad posterius iusiurandum, quod de vera æstimatione est, pertineat: apparet quod dixi, hac adiectione prius iusiurandum, quod *affectionis* vulgo vocant, removeri, et perjurium ac definitionem ad posterius iusiiurandum solum referri.

IN

IN CONDICTIONES SEQUENTES

IN UNIVERSUM,

Præcipue autem in tres posteriores, quarum tituli deinceps explicantur.

PRÆFATIO.

Post titulum, de in litem jurando, propositæ sunt in hac parte tertia condictiones speciales. Eas intelligo, quæ proprio et speciali hoc nomine utuntur; cum alioqui actiones omnes in personam generali vocabulo condictiones nominentur. Hæ, inquam, variæ licet, et maxime diversis ex caussis jure proditæ; omnes tamen a compositoribus Pandectarum in hanc partem conductæ, atque hoc loco propositæ sunt: magis id quidem, ut apparet, per occasionem, quam quod aut ad hunc tractatum, aut ad hunc locum pertinerent. Tractatio namque hujus partis est de contractibus. At hic nonnullæ condictiones sunt, quæ nascuntur ex maleficio, ut condictio furtiva, et condictio triticiaria ex quibusdam caussis. *L. 2. infr. de cond. trit.* Sed et hoc loco ex contractibus sermo institutus est de iis, quorum obligatio re contrahitur; pleræque autem hic condictiones nascuntur aliunde, ut condictio ex lege, triticiaria, de eo quod certo loco promissum est. Sed occasio, ut dixi, huic rei caussam attulit. Principio enim hic proponuntur ex hoc genere, condictio caussa non secuta, condictio indebiti. Hoc initium rectum est, et ad institutum accommodatum. Hæ enim, ut ego quidem existimo, nascuntur ex contractu et negotio gesto, et eo in quo non minus re contrahitur obligatio, quam ex mutuo, ut alias suis locis docebimus. Inde occasione nata progressus factus est etiam ad condictiones alias, quæ nominis tantum communionem, rerum et caussarum nullam haberent. Etsi autem ordo titulorum postulare videbatur, ut si quid inde adjicere vellem prioribus, hic ego aut priores tractarem solas, aut si vellem etiam posteriores, saltem a prioribus ad has perveniretur: tamen consulto priorum explicationem hoc tempore prætermissi; tres priores tantum attingere volui: condictionem ex lege, condictionem triticiariam, condictionem de eo quod certo loco. Idque his maxime de caussis. Nam priores latius patent, quam ut earum diligens explicatio magnitudini instituti commentarii conveniat: et omnes usque ad condictionem furtivam ita caussis connexæ sunt, ut facile separari non possint. Tum autem sunt ejusmodi, quæ si cum posterioribus istis tribus conferantur, magis nescio quomodo pateant, faciliusque in his quis diligenter quærendo naturam earum possit explicare. Sunt certe vulgares, atque usitatæ, et præterea verbis ita conceptæ, ut quæ sint, quasque caussas atque usum habeant, ex ipso etiam nomine statim intelligatur. Sic enim dicitur condictio ob caussam caussa non secuta, ut hinc intelligatur, quid, quando, et quamobrem repetat. Sic condictio indebiti: ut declaretur

esse

esse de indebito soluto: eademque condictionis furtivæ et cæterarum ratio est. Posteriores autem tres quas dixi, neque ita prolixis tractatibus continentur, et re disjunctæ, separatam ab aliis tractationem admittunt: et, quod in hac re præcipuum fuit, singularis cujusdam difficultatis et obscuritatis vulgo habentur. Nec temere: ut si eas explicare conaremur, dum reliqui tituli forte per otium aut hic aut in Codice accedunt, operæ pretium interim facturi videremur. Certe omnes et nominibus, et re, ac titulis multum distant a prioribus. Condictio enim ex lege cum dicitur, non ideo quisquam intelligit, quæ sit, aut qua ex lege sit condictio: multoque minus qua de re, cui, aut adversus quem competat: neque id etiam titulus subjectus satis docet. De condictione triticiaria licet idem multo magis dicere: cujus est ea appellatio, ut ne de ipso quidem verbo adhuc satis conveniat, unde ductum sit: aut quid eo significetur, resne de qua condictio est, idest, triticum, an auctor condictionis: multaque sunt in titulo ipso de natura hujus condictionis parum exposita. Titulus autem *de eo quod certo loco*, omnium prædicatione obscurus est, et inter cæteros maxime interprete indiget. Quare cum statuissem prioribus titulis vicinos nonnulles adjicere, neque omnes ejusdem argumenti qui erant, persequi commodum esset, non immerito hos tres potissimum attingere visum est.



HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

C O M M E N T.

AD TIT. DIG. DE CONDICT. EX LEGE.

Ad L. Si obligatio 1.

Paulus lib. 2. ad Plautium.

Si obligatio nova lege introducta sit, nec cautum (sit) eadem lege, quo genere actionis experiamur: ex lege agendum est.

S U M M A R I A.

1. *Ex lege agere potest proprie quid.*
2. *Ex lege agere, quid hoc loco.*
3. *Pro socio, ex stipulatu, vi bonorum raptorum agere, quid.*
4. *Condictio ex lege; specialis actio in personam, quæ ita vocetur.*
5. *Nominibus suis notatæ actiones a Romanis, quoad ejus licuit; sine nomine suo inutilem fuisse intentionem.*
6. *Condictio ex lege, ex obligatione.*
7. *Ex obligatione nunc primum introducta.*
8. *Constitui lege obligatio quando intelligatur.*
9. *Ex obligatione, quæ introducta sit lege, et quid lex hic significet.*
10. *Condictio ex lege non est ex jure gentium, nec ex jure prætorio, et cur hæc legis verbo non contineantur.*
11. *Condictio ex jure nulla prodita ex obligatione juris gentium, et prætorii; et cur.*
12. *Ex lege nova, non vetere condictio ex lege.*
13. *Lex* XII. *Tabularum dicta lex vetus: cæteræ novæ, et cur.*
14. *Præscriptis verbis actio cur non sit condictio ex lege.*
15. *Legis Aquiliæ actio cur non condictio ex lege.*
16. *Certo genere actionis prodito cessat condictio ex lege, certum genus actionis quid et quomodo efficiatur.*
17. *Actiones notatæ suis nominibus.*
18. *Condictio ex lege quibus ex caussis, cui, adversus quem, et qua de re competat.*
19. *Condictionis ex lege usus, et quid prosit nomen actionis in cæteris caussis.*

SIC Paulus definit: SI OBLIGATIO LEGE NOVA INTRODUCTA SIT, NEC CAUTUM EADEM LEGE, QUO GENERE ACTIONIS EXPERIAMUR, EX LEGE AGENDUM EST. Definitio tria continet. Nam et statuit quandoque ex lege agendum esse: et præcipue quando, quave conditione id faciendum sit, docet; simul in eo quod agendum esse dicit, usum actionis ostendit. In quibus explicandis naturæ ordo hic est, ut quid sit ex lege agere, prius videamus, ne ante actionis caussa, quam actio ipsa constituatur: cum prius sit, ut sit aliqua actio, quam ut qualis sit, et quando competat, quæratur. Ex lege agere, si statim hic interpretemur, agere condictione ex lege, idest, condictione, quæ ita appelletur: recte quidem interpretemur, et id definitio flagitat, ac signi-

significatio sola titulo convenit. Sed tamen cur ita interpretemur, ratio reddenda est. Nam verba prima fronte id non significant, ac potius si proprietatem sequimur, refragantur. Nec tollitur quæstio, quod inscriptio est, De condictione ex lege: quasi definitio si titulo respondet (ut fit, cum titulus verus est, non fallax) etiam de hac condictione accipi debeat. Dici enim potest titulum non esse Pauli, ut qui hæc scripserit ad Plautium, fortasse per aliam occasionem, et sub alio titulo; sed esse compositorum iuris: hos autem sententiam Pauli non recte esse interpretatos. Sed etsi sit Pauli: tamen hoc saltem quærendum est, quam recte hæc verba, quæ videntur repugnare, ad condictionem ex lege referantur. Melius est igitur, et ad explicationem definitionis omnino faciendum, ut ex horum verborum significatione de
1 sententia huius loci statuatur. † Et proprietas ac naturalis usus horum verborum hoc loco difficultatem parit. Nam ex lege agere, si naturaliter et ex significatione singulorum verborum loqui volumus, nihil aliud est, quam agere actione ex lege descendente, actione quæ ex illa aut illa lege competat: agere beneficio et potestate accepta ex illa aut illa lege, quæ agendi potestatem fecit. Particula enim *ex*, caussam et originem significat. Lex autem est ea, quæ actionem constituit, et a qua actio oritur. Sic usus est horum verborum, cum dicimus, de pauperie, deque pastu pecoris agi ex lege duodecim tabularum. *L. 3. supr. si quadrup. paup. fec. dic. L. qui servandarum*, §. *ult. infr. de præs. ver.* damni iniuria ex lege Aquilia. §. *omnes*, *Inst. de act.* de arboribus cæsis agi posse et ex lege duodecim tabularum, et ex lege Aquilia. *L. penult.* iuncta. *L. 1. infr. arb. fur. cæs.* In his enim omnibus iudicatur habere nos actiones istas ex suprascriptis legibus, quia his legibus constituuntur. Eademque significatione dictum est, agendum esse ex edicto Ædilium in *L. si servus*, §. *etsi puerum*, *supr. ad leg. Aqui.* Hoc modo si hic accipimus ex lege agendum esse, non significatur agendum esse condictione ex lege, seu condictione quæ vocatur ex lege: quoniam potest alia qualibet actione agi, quam condictione ex lege: ut nihilominus verum sit ex lege agi, idest, ea lege, quæ actione constituit. Num ergo isto sensu accipere debemus: præsertim cum præcipiatur a proprie-
2 tate verborum recedi non oportere? † Imo potius vel hoc nomine maxime de his verbis dicendum fuit, ut moneremus cavendum esse, ne significatione nativa decepti id ita acciperemus, si modo esset alia non inepta significatio, quæ his verbis admitteretur: non quia interpretatio titulo non conveniat, cum potuerit titulus ab illis quam ab auctore inditus non satis fideliter exprimere sententiam definitionis; sed quia non conveniat isti definitioni, etiamsi maxime alibi, aut sub alio titulo definitio legatur. Primum, ex hac interpretatione aperte definitio inepta est. In obligatione enim quam dixeris lege introductam esse plusquam ineptum est monere, ibi ex ea lege esse agendum: nam quomodo aliunde agatur, cum aliunde obligatio non sit constituta? Sed nec minus ex eadem interpretatione definitio falsa est. Cum enim dicitur ex lege agendum sub conditione: quæ multa continet, ut fit hoc loco: hoc ipso dicitur, si quid eorum desit, quæ conditione continentur, ibi ex lege, seu actione ea lege proposita agi non posse. Hoc vero posterius multis modis falsum est. Quæcunque enim actio lege introducta sit, tametsi in rem, utique ex lege competit, et ibi ex lege agitur. Agetur etiam ex lege, etsi obligatio introducta sit lege vetere, non nova. Sed etsi qua obligatio ita introducta sit lege, ut simul cautum sit, qua actione experiamur, nihilominus et hic ex lege agetur. Denique semper actio ex lege proficiscitur, quæcunque obligatio, actiove ex lege sit, et quacunque lege, et quacunque demonstratione ac titulo introducatur. §. *sed istæ*, *Inst. de act.* quæ tamen omnia sub contraria conditione negat hæc definitio. Arg. in *L. 1. vers. huius*, *supr. de off. eius cui man. est iuris. L. quibus*, §. 2. *infr. de cond. et dem.* Quare sine manifestis vitiis ex lege agendum hic interpretari non possumus, agendum actione ex lege descendente: ac proinde nec sic interpretari debemus; dum tamen alia sit significatio horum verborum, quæ sine vitio accipi possit. *L. in ambigua*, *supr. de legib.* Nam si alia significatio non est, aliud accipere non licet, tantumque hoc superest, ut definitio vitiose concepta intelligatur. Ideo ne vitia ista admittere cogamur, necesse est quærere, num his verbis aliud significari possit, quod huic loco congruat. Est vero aliud, et id quod exprimat eam ipsam condictionem, quam hic quærimus. Naturalis illa significatio est, quam supra diximus: cum scilicet verba per se singula in oratione vim suam tenent, quæ illis usu loquentium primum tributa est. Sed est et alia

alia non minus usitata in similibus orationibus: non naturalis illa quidem, sed tamen ex instituto iuris auctorum, brevitatis et docendi caussa recepta, ut totum hoc, *ex lege*, ponatur ut grammatici loquuntur, τεχνικῶς, seu materialiter, idest, ita, non ut singula verba quid significent eorum, ad quæ exprimenda primum inventa sunt, sed ut coniuncta, quasi unum nomen esset indeclinabile. Ita unius vocis et nominis vice fungantur, intelligaturque ea coniunctione nomen et titulus actionis: proinde ea actio, quæ appellatur ex lege. Ea autem est *condictio ex lege*, quam intelligi volumus. Forma est loquendi iuris auctoribus usitatissima, quam cum in aliis innumeris, tum maxime in interdictis pene omnibus liceat observare: ut cum dicitur interdictum seu interdici, quorum bonorum, quod legatorum, uti possidetis, unde vi, quod vi aut clam. In quibus omnibus nihil aliud intelligitur, quam interdictum, quod istis nominibus appelletur: nam alioqui adiectio hæc, quorum bonorum, quod legatorum, uti possidetis, et cæteræ per se nihil significant, tantumque initium sunt alicuius sententiæ, et subiunctivam aliquam orationem desiderant. Sed, ut dixi, nomina hæc sunt, quibus superiora interdicta ita appellantur: quod de interdicto quorum bonorum diserte scriptum est in *L. 1. infr. quor. bonor.* de interdicto quod legatorum in *L. 1. in pr. infr. quod leg.* de interdicto uti possidetis in *L. 1. §. est igitur, infr. uti poss.* Nec dubium est, quin eadem sit actionum significatio, cum dicitur actio, seu agi ex empto, vendito, locato, pro socio, ex stipulatu, et similibus. Quod ex duobus posterioribus facilius in-
3 telligi potest. † Nam cum dicimus agere aliquem pro socio; non intelligimus agere eum pro eo seu nomine eius, qui socius eius est, quod tam verba naturaliter significant; sed agere ipsum pro se et suo nomine, verum pro socio, idest, ea actione, quæ appellatur pro socio. Sic agere ex stipulatu est, agere non ex stipulatione, quod nativa significatio verborum exprimit: valet enim stipulatus idem, quod stipulatio; *L. pecuniæ, in pr. infr. de usur.* Sed agere ex incerta stipulatione ea actione quæ appellatur ex stipulatu, eaque ratione distat actio a condictione certi, quæ nihilominus et ipsa ex stipulatione competit. *L. si quis certum, supr. si cert. pet.* Hac, inquam, forma recte et ex usu iuris dicatur hoc loco agere *ex lege*: pro eo quod est, agere actione quæ ita appelletur, quæ actio condictio est. Nec quem moverit, quod simpliciter dicitur ex lege agendum esse, non autem agendum actione ex lege: nam et usitate dicimus agere pro socio, non actione pro socio: ubi tamen constat intelligi actionem, quæ pro socio appelletur. *L. si fundus, 39. L. si quis a socio 41.* et passim, *infr. pro soc.* Idemque in cæteris fere omnibus actionibus et interdictis usus est: ut cum dicimus agere ex empto, vendito, agere ex stipulatu, agere unde vi, et similia. Quod præcipue animadvertere possumus, in actione quæ dicitur vi bonorum raptorum: nam et illic agentes dicimur agere vi bonorum raptorum. *L. 1. infr. vi bonor. rapt.* Ubi nemo non videt non esse hic orationem, quæ secundum naturalem significationem sermonis accipi debeat: alioqui esset hic sensus, agi per vim bonorum raptorum, quæ nequaquam loquentium mens est; sed aperte significatur hoc agere nos actione, quæ vi bonorum raptorum nominatur. Admittunt igitur verba huius definitionis etiam hanc significationem, ut ex lege agendum esse interpretemur, non agendum actione ex lege proficiscente, sed actione quæ appelletur ex lege: ea autem est condictio ex lege. Quo efficitur in his verbis, *ex lege*, ambiguam esse orationem, cuius non ea vis est, ut utrumque sumatur quod verbis continetur, sed id dumtaxat quod voluit, qui loquitur. *L. 3. infr. de reb. dub.* Utrum ergo hic sumendum est? Etiamsi titulus deesset, De condictione ex lege, tamen res ipsa nos admonet hanc ipsam hic accipi debere. Certa enim lege interpretationis utimur, in ambigua voce legis eam potius accipiendam esse significationem, quæ vitio caret, tanquam voluntati legis convenientem. *L. in ambigua, supr. de legib.* Iam autem docuimus priorem interpretationem aperte vitiosam esse. Ita plane relinquitur altera, quam sequamur, quæ et vitio caret: ut intelligatur hic condictione ex lege agendum esse iis conditionibus, quæ hic proponuntur. Hinc de inscriptione ipsa iam recte colligimus. Sive Paulus hæc scripsit, ubi inscriptio fuit, *De condictione ex lege*: recte eadem inscriptio hic retenta est, de qua et definitio subiecta loquitur; sive ipsi compositores definitioni Pauli aliunde sumptæ hanc inscriptionem indiderunt, recte sententiam Pauli sunt interpretati, quæ ex verbis intelligi debuit priore significatione repudiata. † Ex his ap- 4
paret condictionem ex lege, non esse quanvis actionem in personam, quæ ex lege compe-

petat, quanvis actiones in personam generaliter dicantur condictiones: §. *sic itaque*, *Inst. de act. L. actionum*, *infr. de ob. et act.* sed ex actionibus in personam esse hanc certam, quæ *condictio ex lege* appelletur, ut certi condictio ob caussam, sine caussa, et superio-
5 res speciales. † Nomen actionis propositum ex instituto et usu iuris Romani, quo placuit de singulis rebus ita actiones constitui, ut quoad ejus fieri posset, certæ solemnesque essent, ne populus prout vellet, eas institueret. *L.* 2. §. *his legibus*, *supr. de orig. jur.* Et in eo hoc præcipue observatum, ut ubi liceret, certa quoque nomina actionum essent: tanta religione, ut si quis ubi nomen certum proditum esset, eo in instituenda actione non uteretur, aut cum nullum nomen esset, certum nomen diceret, non recte ageretur, nec teneret intentio. *L.* 1. *vers. ideo autem*, *infr. si men. fal. mo. dix. L.* 1. *infr. de æstimator. L.* 1. 2. *infr. de præs. ver.*

Genere actionis cognito, deinceps illud alterum, quando quibusve conditionibus competat, expendamus. Id enim definitio exprimit. Tria hic in summa Paulus exigit: primum obligationem; tum hanc ipsam non quamlibet, sed certam, nempe quæ nunc primum introducta sit, non confirmata: introducta lege, non alio iure: introducta lege nova, non vetere; tertium hoc, ne ea lege cautum sit, quo genere actionis experiamur: omnia posita hoc loco sub conditione. Unde intelligimus omnia esse eiusmodi, ut quidquid horum deerit, sub contraria conditione actio denegetur. *L.* 1. *vers. huius*, *supr. de off. eius. L. quibus diebus*, §. 2. *infr. de cond. et dem.* Jam singula quam vim et sententiam habeant, vi-
6 deamus. Ait ergo, SI OBLIGATIO. † Exigit, ut dixi, in primis obligationem, ex qua actio hæc introducatur. Proinde si dominium lege aliqua nova alicui constitutum sit, ut constitutionibus dimidium thesauri concessum est domino soli, dimidium inventori, atque inde in rem actio: §. *thesauros*, *inst. de rer. divis.* ex lege non agetur. Falsum, si quidem *ex lege* intelligeremus, actione quæ ex ea lege descenderet: nam et in rem actio ex lege est. Sed iam effectum est hoc verbo notari nomen et titulum actionis, idest, condictionem quæ appellatur ex lege. Hæc vero obligationem præcedentem desiderat. Est enim omnis condictio actio in personam. §. *sic itaque*, *Inst. de act. L. actionum*, *infr. de obl. et act.* Nec ulla actio in personam, nisi ex obligatione, seu adversus eum qui obligatus est. §. 1. *Inst. de act. d. L. actionum*,
obl. et act. † Ait, SI INTRODUCTA SIT. quod 7
valet, si nunc primum introducta sit, non ea quæ cum prius inducta esset, nunc lege nova sit confirmata: ut sciamus, si qua vetus obligatio sit, quæ iterum confirmetur, non esse huic conditioni locum ex confirmatione. Hoc ideo, quod si vetus lex actionem certam dedit, eadem nunc etiam post confirmationem utemur, ut non sit nova opus. Quod si nullum dedit, erit quidem condictio ex lege, sed ex lege priore quæ actionem induxit; non ex posteriore, quæ hanc confirmavit. Ita semper *condictio ex lege*, erit ex lege obligationem in-
troducente, non autem confirmante. † Qui- 8
dam hoc loco tractant, quando videatur obligatio seu actio lege constitui. Et magna subtilitate scilicet, ac longis distinctionibus id explicare conatur Bartolus, ut in re admodum perplexa: qua nescio, an quidquam sit expeditius. Sive lex de re aliqna actionem in aliquem esse vult, sive quid alicui præstari iubet, obligationem aperte constituit. Est enim obligatio vinculum iuris, quo necessitate adstringimur alicuius rei præstandæ. Proinde quæ lex hoc vinculum atque hanc necessitatem inducit, ea obligationem inducit. Exemplo est lex Aquilia, qua obligationem et actionem de damno iniuria dato inductam esse constat. Et tamen nihil amplius, quam ob damnum datum pecuniam domino dari iubet. *L.* 2. *infr. ad leg. Aq.* Ubi autem dandi præstandive nulla necessitas est, sed tantum lex dare aut accipere permittit, ibi perspicuum est nullam obligationem, nullam actionem intelligi posse.

† AIT, SI OBLIGATIO INTRODUCTA SIT LEGE. 9
Dixit *lege*, non iure, ut non quocunque iure introducta sit obligatio, nec ubi cautum non sit, qua actione experiamur, ibi hac actione agendum sit; sed ita demum, *si obligatio introducta sit lege.* Idque postulat nomen actionis: non enim potest recte dici condictio ex lege, ubi actio ex lege non proficiscatur. Legem hic accipere debemus, non generaliter omne ius, neque rursum angustius eam tantum, quæ proprie ita appellatur in divisione iuris, idest, populi ipsius Romani legem: §. *constat*, *Inst. de iur. nat. gent. et civil.* sed et hanc, et omnem aliam constitutionem similem, idest, civilem, et quæ ipsa constitutione vim legis habeat; constitutionem civilem tamen, eamque vi et auctoritate similem: ut neque gentium ius, neque prætorium hoc verbo contineatur. Principio si qua lex

sit

sit Pop. Romani, qua introducta sit obligatio, nec cautum de genere actionis, hinc maxime hanc condictionem esse dubitari non oportet: cum hæc sola specialiter, et per excellentiam lex dicatur. Exemplo est autem lex Iulia de adulteriis, ex qua eiusmodi obligatione introducta, conditione ex lege agi traditum est in *L. si postulaverit*, §. *pen. et ult. et L. ult. infr. ad leg. Iul. de adulter.* Sed non minus et ex aliis constitutionibus similibus hæc condictio datur, ut plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus Principum. Exempla suppeditant constitutiones aliquot Iustiniani, quibus cum introductæ essent obligationes quibusdam in caussis, alia actione deficiente, condictio ex lege esse dicitur his ipsis legibus. *L. ult.* §. *sin autem ex contractibus*, *C. de pet. her. L. generaliter*, §. *licentia creditoribus*, *C. de iur. del.* Constitutiones quidem proprie leges non sunt, ut lex specialiter dicitur populi Romani iussus; sed sunt legi similes, eodemque iure habentur, ut est in §. *quos autem*, *Inst. de bonor. poss.* scilicet quia legis vim habent. *L.* 1. *supr. de const. prin.* §. *sed et quod*, *Inst. de iur. natur.* Qua ratione vi et potestate sunt leges, et ita absolute nominantur in *d. L.* 1. *de const. pr. et d.* §. *sed. et quod.* Eo fit, ut quæ hinc condictio est, recte dicatur ex lege, sitque id nomen et in hac specie iuris rebus consequens: quod fieri debere recte monemur in §. *est et aliud*, *Inst. de don.* Eadem caussa est senatusconsultorum. *d.* §. *quos autem*, *Inst. de bon. poss.* Plebiscitorum multo magis, quippe quæ plebis lex sunt, et dicuntur. Unde lex Aquilia dicta, quæ nihil nisi plebiscitum est. *L.* 1. *infr. ad*
10 *leg. Aqui.* † At non est hæc condictio ex iure gentium, aut iure prætorio, quia neque hæc sunt leges, neque constitutiones legi similes; condictio autem est ex lege, et ita etiam nominatur. Et quidem ex his partibus iuris condictionem ex lege non esse hinc constat: quæcunque enim inde obligationes introductæ sunt, si de his nullæ sint certæ proditæ actiones, tantum præscriptis verbis aut in factum agitur. Iurisgentium obligationes sunt ex illis conventionibus, cum do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. *L. iurisgentium*, *in pr. sup. de pact.* Si tamen conventio in aliud nomen contractus non transeat, eoque nec sit nomen certum actionis, est ex conventione actio præscriptis verbis in factum. *L. naturalis.* 1. *resp.* et deinceps tota. *L. solent*, *infr. de præs. ver.* Proinde non condictio ex lege: quia præscriptis verbis non agitur, nisi cum deficiunt vulgaria et usitata nomina actionum, *L.* 2. *L.* 3. *infr. de præs. ver.* Similiter et edictis prætorum si qua sit obligatio constituta, nec ullum sit certum nomen maleficii, eoque nec actionis inde comparatæ; non tamen inde alia actio est, quam in factum: nusquam autem condictio ex lege, aut edicto. *L. pen. in pr. supr. ne quis eum*, *L.* 1. §. *hæc in factum*, *supr. de his quæ deie. vel eff. L.* 1. *in prin. supr. si men. fal. mo. dix.* Cur ergo ex his non est condictio ex lege, ut est ex constitutionibus: cum superiora non minus sint partes iuris? quia, inquam, condictio ex lege comparata est ex iis obligationibus, quæ lege introductæ sunt; superiora autem quæ dicimus, neque leges sunt, neque constitutiones legi similes. Legis enim hæc sunt. Primum lex constitutio est civilis, ius ab hominibus constitutum. Deinde constitutio eiusmodi, quæ statim ut emissa est, ius facit, et cives tenet. *L.* 1. *supr. de legib.* Hæc iuri gentium et prætorio non conveniunt. Jus gentium constitutio civilis non est, sed ius omnium hominum commune: ius non ab hominibus profectum, sed a natura. §. *ius autem civile*, *Inst. de iur. nat.* Edicta autem prætorum sunt illa quidem constitutiones quædam prætorum; sed quæ si originem spectemus, legis vim non habuerunt: non enim ab initio fecerunt ius perpetuum, sed tantum ita, ut pro tempore annui magistratus his tenerentur cives. Servantur nunc quidem pro iure perpetuo edicta prætorum non aliter, quam senatusconsulta, aut principum constitutiones: quinimo et optimam iuris Romani partem constituunt. §. *constat*, §. *prætorum*, *Inst. de iur. nat. gen. et civil.* Sed hoc postea edictis tributum est constitutionibus, ex quo tempore edictum perpetuum dici cœpit, ut docui ad *L. interpositus*, *C. de trans.* Cæterum ab initio, ut dixi, et quatenus hæc a prætoribus profecta sunt, non hæc vis est et potestas edictorum. Unde in §. *quos autem*, *Inst. de bon. poss.* ex numero legum earumque constitutionum, quæ legi similes sunt, nominatim eximitur ius prætorium, negaturque eandem vim habere: † Sed hic oritur 11
quæstio. Esto enim non sit ex iure gentium, aut iure prætorio condictio ex lege, quia nomen non conveniat iis partibus, quæ non sunt leges; attamen convenire potest nomen condictionis ex iure: quoniam et hæc itidem sunt iura. Cur ergo et ex legibus proponitur condictio certa, quæ nomine

rei

rei conveniente vocatur *ex lege*; non item ex iure gentium et prætorio demus condictionem certam, quæ convenienter dicatur condictio ex iure? Quia nulla eiusmodi condictio prodita est edicto prætoris, aut ullis legibus. At quod quæritur, cur non sit prodita. Iuris enim gentium, et iuris prætorii obligatione, atque adeo actione non minus admissa, quam ex lege, an non absurdum aut incongruens videtur obligationi legitimæ tribuere condictionis nomen, quod a suo iure appelletur; cæteris autem eandem vim et conditionem habentibus non tribuere? Nihil vero hic absurdi aut parum consentaneum, sed omnia origini suæ consentiunt. Meminisse enim oportet condictionem ex lege non esse actionem tantum (nam alioqui ex omnibus obligationibus suprascriptis pariter est actio constituta) sed actionis certæ nomen: quod cum proponitur, ita proponitur, ut eo ad agendum utendum sit: id quod non tam in eo, quam in solemnitate et formula actionis positum est. In solemnibus aliud ius civile, aliud ius gentium et prætorium postulat. Quæ sunt iuris civilis, ea recte iuris civilis præceptis et solemnibus subiiciuntur. Quæ sunt iuris gentium, non item: in his magis res ipsa, quam verba spectantur. Eadem ratio est iuris prætorii, quod magis æquitatem, quam subtilitatem iuris sequitur. *L. possumus*, *infr. de inius. rup. test. L. ius autem*, *supr. de iust. et iur.*

AIT, SI OBLIGATIO LEGE NOVA INTRODUCTA
12 SIT. † Novam legem exigit, ut declaretur, si lege obligatio sine certo nomine actionis inducta sit: ex lege quidem nova condictionem ex lege esse; ex vetere autem, quanvis iisdem conditionibus concurrentibus non esse. Hoc tamen ita, si verbum hoc NOVA ad legem refertur, non ad obligationem. De quo prius statuendum est. Sunt enim, qui dubitent, superiorem sententiam absurdam rati, in quibus est Bartolus, putentque potius ad obligationem referri: ut sit sensus: si obligatio nova introducta sit lege, neque cautum, quo genere actionis experiamur, quacunque lege id factum sit: sive vetere, sive nova, condictione ex lege agendum esse. Sed hoc neque contextus orationis patitur, neque verbum INTRODUCTA. Contextus hic est: SI OBLIGATIO LEGE NOVA INTRODUCTA SIT. Hic verbum NOVA coniungitur cum lege, non cum obligatione, cur ergo sententiam interpretantes cum lege non coniungamus, sed cum obligatione contra seriem verborum? Quod posterius si fit, fatendum est verborum traiectionem hic esse admodum vitiosam: ut pote non modo abhorrentem a definitione, quam simplicem et dilucidam esse convenit; sed etiam adhibitam impediendæ sententiæ et erroris obiiciendi caussa: cum rationem recti sermonis quis secutus iuste existimaturus sit, verbum NOVA ad proxima referri debuisse. Sed multo magis refragatur verbum INTRODUCTA: quod vi sua novam obligationem, et non aliam quam novam continet. Quid est enim introducere obligationem, nisi nunc primum inducere: et quæ nunc primum inducitur, nisi nova? Vetus aliqua si proponitur, non introducitur lege, sed confirmatur. Ea res facit, ut qui novam obligationem exprimere vult, si introductam dixerit, satis dixerit, nec possit verbum, NOVA, adiici, nisi superflue: proinde et vitiose. Semper autem in omni oratione, et maxime in legibus verba ita accipienda sunt, ne quid frustra et vitiose positum videatur. *L. si quando*, *infr. de legat.* 1. *L.* 1. *in fin. infr. ad muni. L. in ambigua*, *supr. de legib.* Quod usque adeo in hac definitione retinendem est, ut quamvis ita scriptum esset. SI OBLIGATIO NOVA LEGE INTRODUCTA SIT. Ut verbum, NOVA, sine vitio contextus tam ad obligationem, quam ad legem aptari posset: tamen ad legem potius deberet referri, ne oratio in redundantiam et superfluitatem incurreret: cum qui obligationem introductam dixit, satis dixerit novam introductam. Nunc cum ipso contextu verbum, NOVA, solum legi non obligationi adiungatur: dubitari non debet, quin hoc dicatur, ex lege agendum esse, si obligatio introducta sit lege nova: ut sit sensus, quem dixi: si obligatio lege introducta sit, nec cautum, quo genere actionis experiamur, condictionem quidem ex lege eo nomine dari, sed ita, si obligatio introducta sit lege nova: si vetere idem factum sit, cessare. Argumentum, ut dixi, in *L.* 1. *vers. huius*, *supr. de off. eius cui mand. est iurisd.* Atque hinc præcipua difficultas huius definitionis. Nam primum quæ hic lex vetus dicenda est, quæ nova? Imo vero quæ lex est, quæ eadem non possit dici et nova et vetus, prout cum prioribus et posterioribus legibus conferetur? Lex Iulia de adulteriis si conferatur cum legibus præcedentibus, nova est; si cum sequentibus, et maxime si cum constitutionibus posteriorum Imperatorum, est admodum vetus. Ita fiet, ut non tantum sit incerta hæc definitio, dum explicare non pos-

possumus, quæ sit lex nova aut vetus; sed etiam contraria de eadem lege affirmet, et se ipsam refellat, dum ex eadem lege dat condictionem ex lege, et simul denegat. Dat, quia lex nova est: et rursum adimit, quia eadem lex est vetus diversa ratione. Utrumque autem in eandem legem eodem tempore concurrere non potest. Tum autem ut statuamus aliquam legem proprie dici veterem, cæteras novas, quid caussæ dici potest, cur ex novis legibus detur hæc condictio; ex vetere autem, quæ maxime lex est, hæc eadem condictio quamvis iisdem conditionibus intervenientibus non detur? Huc accedit, quod ex ea lege, quæ maxime vetus est, nempe lege duodecim tabularum, multis exemplis probari videtur ex lege agendum esse, idest, condictionem ex lege competere. Quæ explicanda sunt.

13 † Et de verbis legis novæ et veteris facilis responsio est. Sic enim eadem lex dicitur vetus et nova, si de ea dicatur ex comparatione aliarum legum priorum aut posteriorum. At ubi simpliciter et extra comparationem lex vetus aut nova nominatur, certa hic et definita genera legum in usu iuris intelliguntur. Constat enim verbo veteris iuris seu legis intelligi legem duodecim tabularum, quæ ita dicta est per excellentiam. Cæteræ leges et constitutiones postea secutæ appellantur novæ, seu ius novum. *L. 1. et L. 3. supr. de her. pet.* Sic autem lex duodecim tabularum nominata est, quod hæc prima est, quæ certo constituta sit a Romanis, ut maneret. Nam ante fuerunt quidem leges aliquæ regiæ, sed incertæ, et eæ quæ lege duodecim tabularum lata, exoleverunt: ut solum ius Romanum certum primum esse cœperit in legibus duodecim tabularum. *L. 2. §. 1. supr. de orig. iur.* Cum his legibus cæteræ postea collatæ, consequens fuit, ut dicerentur novæ. Ita fit hoc loco certa definitio, ut intelligatur, si aliis legibus omnibus obligatio nova constituta sit, nec cautum, qua actione experiamur, ibi competere condictionem ex lege; sin introducta sit obligatio lege duodecim tabularum, etsi maxime de genere actionis cautum non sit, ibi tamen cessare hanc condictionem. Ne sit hoc mirum, quod secundo loco quærebamus: quasi quod in cæteris legibus constituitur, absurdum sit, non constitui et in ea, quæ maxime lex est, nempe lege duodecim tabularum. Constitutum esset et in hac lege, si quidem opus esset; sed non fuit necesse. Sciendum est enim legibus duodecim tabularum latis statim post ex his compositas esse actiones, id est, singulis actionibus sua nomina et suas formulas esse inditas, quibus ageretur de iis caussis, de quibus obligationes petitionesve his legibus erant constitutæ. *L. 2. §. his legibus, et §. deinde, seq. supr. de orig. iur.* Hinc factum, ut cum obligationes legis duodecim tabularum suas proprias et usitatas actiones haberent, non desiderarent aliud nomen actionis, puta condictionem hanc ex lege, quæ aliis deficientibus, quasi subsidio comparata est. At enim lege duodecim introducta est obligatio et actio multis in caussis: in quibus tamen aperte traditum est agi ex lege, ut actio de pauperie. *L. 1. et L. 3. supr. si quad. pau. fe. dic.* actio de glande legenda, item de pastu pecoris. *L. qui servandarum, §. ult. infr. de præs. ver.* Sed non ideo efficitur in his esse condictionem ex lege, tametsi definitio huius legis iisdem verbis utitur, et sic accipitur, ut de condictione intelligatur. Initio enim ostendi verbum, *ex lege*, esse ambiguum: ut interdum nomen actionis notet; interdum caussam et originem, unde actio nata est. Hic quidem nomen actionis designare, qui aliter sine vitio accipi non possit. Alias autem cum dicitur quibusdam in caussis atque ex lege duododecim tabularum, sic esse interpretandum: ut intelligatur agi actione ex ea lege descendente, non autem condictione ex lege, quod huic loco non adversatur. Satis igitur demonstratum est legem novam hic intelligenter nominari, ut hoc verbo leges omnes intelligantur, quæ legem duodecim tabularum secutæ sunt. Novam enim veteri opponi, ac veterem intelligi solam legem duodecim tabularum. Ex hac vetere condictionem ex lege non esse, et quamobrem non sit: ut de nova recte hic adiectum sit ad veterem removendam, atque hoc solum relinquatur, quod hic definiri dicimus, ibi solum condictioni ex lege locum esse, ubi obligatio lege nova, id est, ea quæ lege duodecim tabularum posterior est, introducta sit.

Sed videamus, ne hoc ipsum non semper verum fit, quod hic aperte definitur, saltem ex lege nova condictionem ex lege esse, cum ea lege obligatio introducta est, nec cautum, quo genere actionis experiamur. Non obiicimus hic edicta prætorum, quibus obligatio et actio introducitur de maleficio, ex quibus ut plurimum est in factum actio, non condictio ex lege, ut edicto *L. pen. supr. ne quis eum, qui in ius voc. est, vi exim. L. 1. §.*

hæc in factum, supr. ex his qui dei. vel effu. L. 1. in pr. supr. si men. fal. mo. dix. Iam enim ante docui edicta prætorum leges non esse, nec constitutiones legi similes, eoque nec verbo legis hic contineri: ut proinde nec possint obligationes inde introductæ dici introductæ esse lege nova, cum ne lege quidem introductæ sint.

14 † At in his saltem definitio falsa videri potest: in actione præscriptis verbis, et in lege Aquilia. Actionem præscriptis verbis civilem dici constat: quod nihil aliud est, quam ex iure civili esse. *L. iuris gentium, in pr. vers. et ideo, supr. de pact. L. 1. in fi. cum L. seq. L. solent, in fin. infr. de præs. ver.* Constat et illud, hanc non competere, nisi cum aliud genus actionis deficit. *L. 2. L. 3. infr. de præs. ver.* Quod ipsum certo argumento est, ex quibus caussis præscriptis verbis actio est, ex iisdem condictionem ex lege non competere. An non igitur hinc efficitur in hoc genere caussarum iure civili, atque adeo lege actionem introduci, nec ullum proponi certum genus actionis, neque tamen agi condictione ex lege? Sane vero efficitur; sed nihil adversus definitionem. Prodita est enim actio præscriptis verbis iure civili: do etiam introductam lege. Sed non ideo civili est: non ideo iure civili, aut lege introducta est obligatio, ex qua præscriptis verbis agitur. Hæc est iuris gentium: utpote ex iis conventionibus quæ iure gentium obligationem pariunt, *L. si operas, infr. de præs. verb. L. iuris gentium, supr. de pact. L. ex hoc iure, supr. de iust. et iur.* Si iuris gentium est, non est dicenda introduci lege: quoniam, ut ante docui, ius gentium lex non est, nec constitutio legi similis. Idcirco nec hæ caussæ ad definitionem pertinent, quæ de obligatione lege introducta loquitur. Confirmantur quidem conventiones istæ, earumque obligatio iure civili et lege: qua ratione et caussæ ipsæ et earum obligationes tum civiles, tum legitimæ interdum dicuntur, ut *d. L. iuris gentium, in pr. vers. sed etsi, supr. de pact. §. sed istæ, Inst. de act.* Sed civiles sunt, quia confirmantur iure, non quia introducuntur. Definitio de obligatione introducta, non de confirmata concepta est.

15 † Plus dubii videtur in obligatione et actione legis Aquiliæ. Lex Aquilia vere lex est, et ea, quam verbo legis in hac definitione contineri supra ostendimus. Eandem novam esse constat, utpote non solum lege duodecim tabularum, sed et aliis multis legibus posteriorem. *L. 1. supr. ad leg. Aq.* Sed nec ea lege nominatim cavetur, quo genere actionis experiamur, si modo nihil amplius fuit in lege, quam quod de huius capitibus refertur partim in L. 2. partim in *L. si servus servum, §. tertio capite, supr. ad leg. Aq.* Ita conditiones omnes definitionis proposit æei legi eiusque actioni congrue videntur. At non congruit definitum. Non est enim ex ea lege condictio ex lege, sed actio eius legis propria, quæ certo et proprio nomine appellatur actio damni iniuriæ, vel ut alii malunt, damni iniuria, ut subaudiatur dati. *d. L. si servus, in pr. et §. si quis de manu, L. quemadmodum, §. item, in fin. §. si navis, L. illud, L. si quis testamentum, cir. fin. ad le. Aqui. Inst. eod. tit. in pr.* Unde et passim actionem legis Aquiliæ dici legimus, ut intelligatur proprium actionis genus ei legi conveniens, non commune: qualis est condictio ex lege, quæ accommodatur omnibus legibus ad definitionem huius loci pertinentibus. *d. L. si servus, §. servi, §. si cum apes; §. si navem, §. ult. L. qui occidit, §. pen. L. nam sicut, L. ob id, L. si quis fumo, in fin. ad leg. Aq.* Et vero condictionem ex lege hinc dari nusquam scriptum, aut relatum animadvertimus. Sed ne huius quidem legis exemplum definitioni propositæ adversatur. Cætera enim definitionis concurrunt in hoc exemplo. Unum deest, quod est Pauli definitione, quod obligatio et actio de damno dato constituta est lege Aquilia, sed non primum introducta, quod definitio exigit. Fuerunt et ante legem Aquiliam multæ aliæ leges, quibus de damno dato cavebatur, ut traditur in *L. 1. ad leg. Aq.* Secuta est lex Aquilia, quæ non actionem de damno introduxit, sed de æstimatione et quantitate damni constituit. Definitio, ut dixi, concepta est de obligatione, quæ lege nova primum introducta sit. Quamquam nihil vetat, quominus dicamus et lege Aquilia cautum esse de certo genere actionis, eamque post illa verbá legis, quæ referuntur in *L. 2. ad leg. Aq.* propositam fuisse. Nihil enim ad rem pertinet, quod id nusquam postea refertur. Nam et post illa eadem verba actionem proponi in duplum adversus inficiantem, ibidem scriptum est; neque tamen ea pars legis usquam relata est. Sed quoniam de eo nihil certi habemus, quia verba integra legis non exstant, in priore responso manere tutius videtur.

AIT, NEC CAUTUM EADEM LEGE, QUO GENERE ACTIONIS EXPERIAMUR. † Recte, nam ubi lege actio certa et negotii propria prodita est, frustra alia desideretur, et præsertim ea, 16

ea, qua non item proprie res exprimatur, qualis est condictio ex lege: quod verbum communiter ad omnes leges pertinet. Genus actionis est species actionis, seu actio certa distincta ab aliis. Ut, *hoc contractus genus*, in L. ult. infr. *de cond. cau. dat.* pro hæc species contractus, seu hic contractus, qui nominatim ibi propositus erat: quasi genus locati et conducti intervenit in *L. 1. §. si quis servum, infr. dep.* idest, species quodammodo locationis et conductionis, seu quasi quædam locatio et conductio. Fit autem species actionis, seu certa actio, cum propriis notis distinguitur ab
17 aliis actionibus. † Distinguuntur autem iure civili actiones aliæ ab aliis, ut re de qua agitur, ita pr cipue nominibus propriis rei convenientibus, quæ cuique actioni attributa erant, prout natura rei nomen certum patitur (neque enim omnes res id admittunt, quoniam natura rerum comparatum est, ut plura sint negotia, quam vocabula. *L. 4. infr. de præs. ver.*) sed dum natura negotii admitteret, suis nominibus et propriis quæque actiones notatæ sunt iure civili et distinctæ inter se, ut ea esset cuiusque rei propria actio, quam nomen certum ostenderet. Unde quæ actiones dicuntur proditæ et vulgares in *L. 1. infr. de præs. ver.* eæ mox in *L. 2. eod. tit.* dicuntur vulgaria atque usitata actionum nomina: ut intelligamus actionum vulgarium discrimen esse in nominibus cuiusque propriis: non quidem propter nomen, sed quia res ipsa suis nominibus distincte notaretur. Item in *L. 1. infr. de æstimat.* cum initio dictum esset, proponi actionem præscriptis verbis de ea re quæ æstimata vendenda data est, dubitaretur autem quæ hic actio ex pluribus illic propositis competeret: subiicitur ratio: quia daretur ea actio, quoties de nomine contractus dubitatur: de nomine contractus idest, de nomine actionis: quoniam actionis nomen ex appellatione contractus nascitur. *L. 2. iuncta L. 3. infr. de præscr. verb.* unde intelligimus dubitationem de nomine actionis non aliam esse, quam dubitationem de specie actionis, seu de eo, quæ sit actio. Quare his verbis, NEC CAUTUM EADEM LEGE, QUO GENERE ACTIONIS EXPERIAMUR, sciamus hoc dici: si nec eadem lege expressum sit, qua actione, quove nomine actionis experiamur, seu si nec nomen actionis proditum sit eadem lege, quo agendo utamur. Hinc certius apparet, quod supra dixi, cum de condictionis verbo agerem, condictionem ex lege hic non significare actionem in personam, quæ ex lege descendat, sed actionis certæ nomen, quo in hac specie agenti utendum fuerit apud Romanos. Est enim hic sensus definitionis: si alia actio certa prodita non erit, hanc certam futuram, quæ *condictio ex lege* appellatur. Alioqui si significaretur simpliciter, actione ex lege descendente hic agi, non fuit addenda hæc conditio: *si cautum non sit, quo genere actionis experiamur*: cum etiamsi id cautum esset, et eo genere experiremur, nihilominus verum esset agi condictione, idest, actione in personam ex lege descendente: quoniam etiam certa et certi nominis actio, non minus actio est, nec minus a lege proficiscitur, cum lege constituta est.

Quis ergo usus est, quæve utilitas huius conditionis? Nam dum obligationem lege constitutam, et inde agi posse constabit, quid refert, quæ sit actio, hæc, an alia: et quid nomen actionis ad rem pertinet, dum res aliter intelligatur? Et usus in eo est, quod postea dicitur, hac actione agendum esse: de quo sequebatur, ut diceremus, sicut postulat ordo definitionis. Sed prius dubitationi occurrendum est, quæ hoc loco incidit. Videmus enim, ex multis quæ in singulis actionibus qu ri solent, ut actio consistat, unum hoc tantum tradi hac definitione, quando hac condictione agendum sit, de quo ante hactenus dictum est.
† Atqui ad rectam institutionem actionis 18
non minus illa pertinent, puibus ex caussis quæque actio nascatur; quibus, adversus quos, et qua de re competat. Cur ergo et de his nihil definitur? Et de instituto Pauli in hac re affirmari nihil potest: consulto ne hæc ab illo prætermissa sint; an quia quo loco hæc definitio scripta est, illi propositum esset solum dicere, quando huic condictioni locus esset. Hoc de re vere dici potest, ideo de his in hac condictione quærendam definitionem non esse, quia nec certa tradi potest, neque etiam ullam tradi est necesse: ut quodcunque Pauli propositum hic fuerit, semper recte dicturi simus bene hæc esse omissa, nec ad definitionem revocari debuisse. De his definiri nihil potest: quia quæ novis legibus constituuntur obligationes, eæ longe diversis ex caussis, inter alios atque alios de aliis atque aliis rebus constituuntur: ut in caussis tam dissimilibus res sub unam notionem non cadat, sed quid quæque obligatio postulet, ex unaquaque lege qua obligatio introducta est, sumendum sit. Sed nec de his rebus definiri nècesse est: quoniam cum non sit condictio ex lege, nisi cum nova lege obligatio

tio aliqua introducta est, nunquam prius ad condictionem venietur, quam de lege ipsa constiterit, unde ea obligatio et condictio est. At lege proposita, statim superiora se ostendunt: ut non aliunde, quam ex lege definitio hæc petenda sit. Lex enim quæque in actione proponenda necesse habet hæc complecti, quam ob caussam, cui, adversus quem, et ad quid velit esse actionem. Ita si lex ante condictionem institutam certa est: superiora item de condictione certa sint, necesse est. Iam ergo de usu, qui sequitur videamus.

19 Ait, agendum est. † Hic ut dixi, condictionis ex lege usus spectandus est. Non enim dicit Paulus condictione ex lege agi posse, aut condictionem ex lege dari, seu competere. Quod si faceret, vere huius condictionis nullus esset usus. Nam his verbis cum daretur ius et facultas agendi, sic intelligeretur dari, ut liberum esset actori ita agere aut non agere. *L. pen. C. de pac. L. sæpe, supr. de off. præs.* Et quoniam actionis nomen hoc verbo constitui dicimus, eveniret hoc quoque, ut liberum esset eo nomine in agendo uti, aut non uti. Hic vero merito liceret quærere, quod supra quærebamus, quid nomen actionis ad rem faceret, ubi prius obligationem, eoque et agendi potestatem lege introductam esse constaret, et sine nomine res intelligeretur. Et omnino fatendum esset, actionis nomen hic adiici inutile esse pariter actori et reo. Actori quidem, ut qui sine eo nomine agere potuerit, ac nihilominus idem consequi; reo autem, ut qui actorem eo nomine uti cogere non potuerit. Nunc autem ait Paulus, *agendum esse*, quo necessitas agendi significatur. In hac necessitate versatur usus huius condictionis. Hoc enim eo pertinet, ut sciat actor, dum pro conditione definitionis hoc loco propositæ ex lege agere volet, non esse sibi liberum alio nomine aut forma uti; sed necesse habere sic experiri, ut nomen hoc condictionis exprimat: id est, dicat se quod petit, condicere ex illa aut illa lege, cuius legis beneficio utitur. Eiusque rei vis hæc est, ut nisi ita actionem instituat, edatque adversario, nulla sit editio, nec intentio teneat; sicut evenit in omnibus certis et vulgaribus actionibus iure proditis. *L. 1. supr. de eden. L. 1. supr. si men. fal. mo. dix. L. 1. 2. et 3. infr. de præs. ver.* Quod actoris caussa comparatum non esse perspicuum est, ne quis forte utilitatem eius aliquam hic requirat; sed comparatum est rei caussa, ut ei consulatur: quo scilicet actione certa constituta, et sibi edita, facilius deliberare possit, utrum cedere, an contendere debeat: et si contendendum putat, veniat instructus ad agendum *d. L. 1. infr. de ed.* Nullane ergo alia utilitas est in cæteris actionibus proponendis, ut commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto, vendito, locati conducti, certi condictione et similibus? Imo alia. Nam cæteræ proponuntur maxime actionis caussa, ut sciatur in iis negotiis, de quibus agitur, esse actionem, et cui, adversus quem, quave de re sit actio, cum de his rebus quivis acturus dubitare posset. Sed etsi generalis aliqua actio proponatur de aliis caussis: de quibus iam ante speciales et proprias actiones esse constabat, ut certi condictio: tamen hoc ipsum utilitatem hanc actoris continet, quod actor plures actiones de eadem re habere incipit: quibus pro arbitrio in iudicio utatur: quod ad nonnullam commoditatem agendi pertinet. Nihil horum in condictione ex lege proponenda intelligi potest. Primum hæc non proponitur actoris de iure suo commonefaciendi caussa, ut sciat, se de hac aut illa re, ex illa aut illa lege habere actionem: quippe qui illa prius constituta et nota habeat, quam ad hanc actionem veniat. Proponitur enim condictio sub conditione, si obligatio lege nova introducta sit. Unde prius hoc ipsum constare oportet, legem aliquam esse, et ea lege obligationem esse constitutam, quam hac condictione quisquam experiatur. Id autem ubi constet, etiam illud constat legem facere agendi potestatem. Non enim aliter obligatio est, quam si obligatus necessitate obstringatur eius rei præstandæ de qua agitur, ut est definitio obligationis *Inst. de obl.* neque ulla necessitas est præstandi, ubi id iudicio petere et persequi, ut auferas, non licet. Qui ante propositam hanc condictionem, cognovit ex lege, se actionem, id est, agendi potestatem constitutam habere, huic plane dici non potest hæc condictio ideo proponi, quo de iure iam satis noto instruatur. Sed nec proponitur condictio ex lege ad commoditatem actoris, quo is plures de eadem re actiones habeat, ut de condictione certi, triticiaria, et aliis generalibus quibusdam dici potest: propterea quod non est hæc conditio, nisi tunc cum obligatio lege primum inducta est; nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur: id est, nisi cum de ea obligatione nulla alia certa actio prodita est. Non immerito igitur dicimus aliam esse caussam cæterarum actio-

actionum proponendarum: aliam huius condictionis: omnique alia utilitate huius actionis remota, eius usum versari in eo, non ut actor proposita uti possit, idque sciat sibi licere: quod ei inutile est; sed ut uti in agendo necesse habeat, quo reo consulatur. Id autem esse, quod Paulus hic dicit, ex lege agendum essse; non autem agi posse.

HUGO-



HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENT.

AD TIT. DIG. DE CONDICT. TRITICIARIA.

SUMMARIA.

1. Triticiaria *quæ actio.*
2. *Nominis origo anceps, unde, et cui bono de ea quærere.*
3. Triticiaria *ab auctore* Tritico *recte.*
4. Triticiaria *a tritico dici non potest ratione nominis repugnante: cur nomina inventa, et qualia esse debeant.*
5. *Tritici appellatione non contineri fruges, certe non eas quæ fruges non sunt.*
6. *Actio a re aliqua dicta extra eas jure non competit.*
7. *Actiones aliæ quæ de tritico quidem competunt, verumtamen competunt et de aliis rebus, non dicuntur triticiariæ.*
8. *Triticiariam non appellari a tritico, probari* L. 1. eod. tit.
9. *Caussa auctori de etymo* Triticiariæ *pluribus disserendi.*
10. *De Etymologia* Triticiariæ *Græcorum quorundam sententia, et ea refutata.*
11. *Formulæ actionum ex petitione alicujus privati notæ non sunt, sed compositæ; ut ex iis privati agerent.*
12. *Formulæ actionis cujusque ita compositæ, ut ad res omnes ejus actionis pertinerent.*
13. *Actionis nomen nunquam ab una re, quæ primo petita est.*
14. Triticiaria *non inde dicta, quasi proposita sit primo in edicto de tritico, post deinde ea translata ad res alias nomen prius retinuerit.*
15. Triticiariam *ab auctore dici necesse; triticiariam dici non triticariam.*
16. Triticiaria, *qualis, et quibus ex caussis.*
17. Triticiaria *cui et adversus quos.*
18. Triticiaria *stricti juris, non arbitraria, non de rei æstimatione.*
19. *Arbitraria non continuo, in qua judex rem æstimat.*

De condictione triticiaria quærentibus prima quæstio occurrit de genere actionis, deque eius nomine, ut sciatur quæ sit, quidque hoc verbo significetur, sic deinde quæratur, qualis sit actio quæ hoc verbo
1 proponitur. † Actionem in personam esse constat. Est enim condictio. Omnis autem condictio, actio in personam. *L. actionum, infr. de obl. et act.* §. *sic itaque, Inst. de act.* Huius proprium, quod comparata est de rebus omnibus, excepta pecunia numerata. *L.* 1. *hoc.* Ita de genere actionis convenit.
2 † De nomine ambigitur, unde dictum sit, utrumne ab auctore, ut dicta sit triticiaria, quia proposita sit a Triticio in edicto, ut a Publicio Publiciana; an vero a re, idest, tritico, quia et de eo scripta fuerit: nam de origine verbi nihil in libris nostris traditum, aut etiam significatum legimus. Originem autem et significationem dubiam facit anceps nomiuis derivatio, et huic consentiens analogia. Triticiaria namque, si analogiam tantum sequimur, et a Triticio deduci potest, et a tritico. Sic enim a Triticio dicitur triticiarius, ut a triclinio tricliniarius. Utque tricliniarium dicimus, quod est triclinii, seu quod ad triclinium pertinet: sic recte triticiarium, quod est Triticii, ut et actio quæ ab illo nata est. Et rursum ut a lectica lecticarius, a fideicommisso fideicommissarius dicuntur, qui lecticam aut fideicommissum sequuntur: sic a tritico recte triticaria, quæ triticum persequitur, seu quæ est de tritico. Incertitudinem originis auxit varietas scripturæ Florentinæ. Nam in Pandectis Florentinis inscriptio huius tituli est, *De condictione triticiaria*, quæ forma ad auctorem magis refertur. At

in

in L. 1. nominatur condictio *triticaria*, quod potius a tritico duci videtur. Ambigitur ergo, utrum horum probandum sit potius. Et sunt, qui prius probent; sunt etiam, qui posterius. Quid hoc ad ius, quæret aliquis, ut de hac origine sollicitum quem esse oporteat? Nihil admodum, fateor, si alioqui res intelligatur. Sed cum verbum significandæ rei caussa impositum sit: non prius certo statui poterit rem a nobis intelligi, quam quid sit in verbo, cognoverimus. Ad ius hoc quoque pertinet. Periculum est enim, ne ignoratione verbi tribuamus huic actioni, quod non est in re, atque ita in iure rei erremus. Et ut nihil sit aliud: tamen agitur in eo veterum iurisconsultorum existimatio, et dignitas iuris, ne quid imperite aut inepte in hoc nomine imponendo factum putetur. Quid ergo est? Etsi quæritur, quid istorum de hac actione recte dici possit (ut omnino quærendum est, cum de intelligentibus auctoribus agitur, nec aliunde constat, an aliud auctores senserint) hoc, inquam, si quæritur, res expedita est. A Triticio auctore recte et ex usu iuris dici potest; a tritico autem nullo modo: non sane magis, quam ab asino et bove, aut etiam saxo, de quibus et hæc ipsa actio competit.
3 † Ab auctore actionem quamlibet recte dici notum est: Declarat Publiciana actio: de qua diserte scriptum est in §. *namque*, *Inst. de act.* hanc Publicianam appellari, quia primum a Publicio prætore in edicto proposita est. Nec dubium est, quin inde et hæ actiones appellatæ sint, Pauliana, Serviana, Calvisiana. Ne quem analogia hic moverit, quod actio triticiaria dicitur, non, ut superiores, triticiana. Non enim una forma est derivationis apud Latinos. A Triticio quidem recte dicatur Triticiana eadem forma, qua superiores: quomodo et hæc condictio in quibusdam exemplaribus nominatur. Sed non minus etiam recte dicitur Triticiaria, ut a triclinio res tricliniaria, ut supra ostendi. Quare si quis dicat Triticiariam dici a Tritico, ut Accursius probabiliter dici existimavit, quod et Bartolus sequitur: negari non potest, quin fiat exemplo, dicaturque tum significandæ rei, tum
4 usui iuris convenienter. † A tritico vero ut dicatur, quæ ratio nominis et recti sermonis, quis usus iuris et veterum in actionibus pati potest? Nam ut de his aliquid cum fructu dicamus, quod valeat ad res etiam cæteras: omnes concedunt *triticiariæ* verbum nomen esse huius actionis. Quinimo quod dicimus aliquam rationem esse, cur ita nominetur, eamque rationem quærimus, hoc ipso maxime ita actionem nominari, et recte nominari confirmamus. Si nomen est huius actionis, omnino a tritico dici non potest. Repugnat lex et ratio certa omnium nominum. Quod verbum rem aliquam non significat, sed quidvis aliud, id eius rei nomen esse non potest, ac si ei imponitur, non nisi inepte et absurde imponitur: ut si actionem de equo appellem asinariam, aut si de tritico appellem bubulam. Nomina enim significandarum rerum caussa inventa sunt. §. *si quidem*, *Inst. de legat.* unde et rebus iubentur esse consequentia: §. *est et aliud*, *Inst. de donat.* ut si rem non significent, eique non conveniant, ne nomina quidem sint. At si a tritico dicitur hæc actio, nihil minus quam verbo triticiariæ actio significatur. Meminisse enim debemus competere eam non de tritico solo, sed de rebus omnibus tam immobilibus, quam mobilibus, et tamen animatis quam inanimatis, nec minus incorporalibus, quam corporalibus. *L. 1. hic.* Non ergo ut triticiaria nomen sit actionis, a tritico dici potest. Nam ut forte quatenus de tritico est, dicatur recte triticaria; at certe de cæteris rebus omnibus, puta fundo, equo, asino, bove, et aliis innumeris hoc nomine dici non potest: quia hactenus non est de tritico: cum istæ res tritici appellatione non contineantur; nihiloque rectius de cæteris rebus dicatur triticaria, quam de tritico ipso dicatur asinaria, aut prædialis. Nisi forte quis putat verbo tritici cæteras res
posse intelligi: quod non ita est. † Nam 5
quod quidam dicunt tritici appellatione vetustatem fruges omnes appellasse: neque verum est, nec quidquam ad istam etymologiam confirmandam pertinet. Esto enim, hoc verbo contineantur fruges; at non continentur res immobiles, fundus, ædes: non mobiles animatæ, ut equus, bos: non mobiles inanimatæ, quibus non vescimur, ut lapides, ligna, libri, supellex: de quibus tamen omnibus non minus hæc actio competit. Ita hac ratione effici potest, triticariam de frugibus omnibus recte ita dici posse a tritico; illud non efficitur recte dici de aliis, quæ sunt innumerabiles. Quinimo contra efficitur non recte dici, quia frugum, eoque et tritici verbo illæ non contineantur. Quid tamen, si quis dicat proprie quidem tritici appellatione cæteras res non contineri; at figurate accipi posse, ut ex parte totum significetur: quippe triticum præcipuam partem esse in hac actione, quoniam tritico maxime homines ad vitam u-

tan-

tantur: hinc a parte præcipua συνεκδοχικῶς totum appellatum. Id in verbo tritici dicere non licet. Non possunt intelligi hoc verbo tanquam ex parte præcipua res cæteræ, quia triticum cæterarum rerum pars non est: tantum abest, ut sit præcipua. Quis enim dixerit triticum esse partem asini, aut bovis? Quid si potius dicamus propter dignitatem et præstantiam rei solum triticum esse nominatum, ut nihilominus propter hanc cæteræ res intelligi debeant? Absurde vero hoc dicatur. Neque enim præstantia cuiusque rei eius rei substantiam mutat, facitque ut magis contineat, aut attingat res cæteras, quamvis multo inferiores. Aurum ex omnibus metallis præstantissimum habetur. Neque ideo non per se seiunctum est a stamno, aut plumbo, aut eius appellatione ista inferiora aut continentur aut intelliguntur. Imo vero quo quæque res dignior et præstantior, eo magis distinguitur a cæteris. Quæ res facit, ut huius appellatione multo minus cæteræ intelligantur.

Dixi de ratione nominis, ostendiqe, quam hæc non permittat, ut triticiaria dicatur a tritico: quia nomen actioni non conveniat, eoque nec nomen sit actionis. Sic fieri, ut si actionis nomen est, inde appellari non possit. Nunc dicam de usu iuris et veterum in actionibus appellandis. Ex quo non minus intelligetur hanc eandem legem veteres ubique diligenter servasse, ut essent nomina actionum rebus convenientia: neque hunc usum pati ut triticiaria, cum de aliis omnibus rebus competat, quæ triticum non sunt, a tritico nomen habeat, quæcunque dignitas, præstantia, aut petitio
7 tio tritici statuatur. † Hoc primum observare licet in usu iuris, ut cum actio a re petita nomen accepit (qualis est triticiaria, siquidem a tritico petito dictam volumus) sic appelletur ab ea re, ut constituatur ea res propria actionis, ac complectatur quidem ea res sub appellatione generis species omnes, de quibus actio competit, verum extra eas de cæteris rebus actio competere negetur. Exempli gratia: actio commodati est, quæ de commodato; depositi, quæ de deposito; pigneraticia, quæ de pignore; hypothecaria, quæ de hypotheca; certi condictio, quæ de certo competit: unde et hæ nomen habent. Hæc ita a rebus de quibus competunt, nominantur, ut competant quidem de omnibus actionis nomine comprehensis; at simul de aliis competere negentur. Nunquam enim de commodato sit actio depositi; aut de deposito actio commodati. Nec pigneraticia de alia re competat, quam de pignore; hypothecaria de alia, quam de hypotheca, multoque minus de re incerta sit certi condictio. Merito: nam aliis rebus nomen non congruit. Nunquam enim commodatum est depositum, aut depositum pignus vel hypotheca; nunquam incertum certum. Ut appareat veteres in hac re rationem illam nominum, quam dixi, esse secutos, ut nomina rebus convenirent. Ita non ex usu veterum rationem recti sermonis, sed et ex ratione et perpetua lege recte loquendi usum veterum natum esse. Hanc legem atque hunc usum etiam in triticiaria valere oportet, si quidem et hæc nomen accepit a tritico petito. Si a tritico appellata est, sic nomen accipi debet: ut de tritico quidem cuiusvis generis competat; at de aliis rebus quam de tritico non competere intelligatur. Et plane esset absurdum de iis rebus quæ triticum non sunt, dici eam esse triticiariam, idest, de tritico. Prohibet igitur et certa ratio, et consentiens usus iuris, quominus eam a tritico dici velimus, aut dictam esse interpretemur. † Atque ut hic 8
usus spectatur in iis actionibus, quæ ex re petita appellantur: sic et in iis, quæ competunt de rebus pluribus, et simul de tritico, similiter ut triticiaria. Constat actionem depositi, sic de rebus omnibus depositis competere, ut sit etiam de tritico deposito: sic empti actionem de rebus omnibus venditis, ut sit etiam de tritico vendito: sic certi condictionem de omnibus rebus certis, ut sit et de certo tritico, ex quacunque caussa debeatur. Atqui omnes hæ et si quæ aliæ sunt similes, sic dicuntur a re petita, ut nomen sit a genere toto earum, de quibus comparatæ sunt; nulla autem plane dicatur a tritico, quantumvis et de eo competat: quia scilicet non de eo solo, sed et de aliis rebus innumeris non minus competant. Cur igitur dicatur potius actio hæc a tritico, quæ de pluribus aliis rebus constituta est, quam superiores, etiam si competat etiam de tritico? Apparet neque hoc usum verum in reliquis appellandis, neque rectam rationem peti posse.

Quæ si ita sunt, satis argumenti est, inde veteres non appellasse. Neque enim tam imperiti fuerunt, ut ignorarent nomina rebus significandis adhiberi, a quibus potius hæc sententia toties usurpata et constituta est: tam stulti, ut eam actionem quæ esset de asino, aut ædibus, qua parte talis esset, tritici nomine significari putarent; quis enim sanus asi-

asinum, aut ædes triticum appellet? tam immemores sui, ut cum alias actiones omnes a re petita nominatas nominibus toti generi convenientibus appellassent, in hac una a seipsis desciscerent, ut eam a solo tritico tam præter consuetudinem, vocabulo
8 tam non suo nominarent. † Nunc doceo, ut non potuit triticiaria nisi stulte et contra usum iuris appellari a tritico, quæ de tritico solo non fuit: ita re vera nec inde appellatam esse, quod propemodum liquet ex *L. 1. hic.* Illic enim Ulpianus tractans ex professo, quibus de rebus hæc actio competat, primo generaliter definit alias res omnes, quæ sint præter pecuniam numeratam, per hanc actionem peti: mox enumeratione utitur: *sive*, inquit, *pondere*, *sive mensura constent*: *sive mobiles sint*, *sive soli*; proinde fundum, usumfructum, servitutem prædiorum hac actione peti posse. Nusquam tritici mentionem fecit; quod tamen necesse fuit in hac quæstione, si actio a tritico diceretur. Ne quis enim putaret, quia a tritico dicta est, eam competere de solo tritico, quod ex verbo existimari oportuit: necessario hæc cogitatio illi amolienda erat occupatione, et ita dicendum: et si condictio a tritico appellata est, et de eo præcipue proposita; non tamen triticum solum per hanc actionem peti potest, sed generaliter res omnes aliæ præter pecuniam numeratam, et quæ sequuntur. Quod cum non fecerit, atque adeo cum ne nutu quidem de tritico magis, quam de aliis rebus significarit: perspicuum est nullam hic eiusmodi dubitationem fuisse ex verbo tritici, eoque nec actionem inde esse appellatam.

Sed quid proficimus his rationibus, di-
9 xerit aliquis? † Dissentiunt Græci interpretes, magni auctores videlicet, qui casu quodam huic actioni id nomen inditum tradunt. Dissentiunt et nostra ætate nonnulli; qui ad istorum auctoritatem serio nos revocant, nec dubitant hac sententia apud illos inventa eam nobis ut magnum quendam thesaurum, rem notatu valde dignam, et antea reconditam commendare. Scio; et hæc mihi caussa fuit adversus hunc errorem pluribus disserendi, quo adversus eos auctores certius huius originis et iuris veritas statueretur. Multos enim movet cuiuslibet antiquitatis nomen; alii propter imperitiam plus linguæ tribuunt, hominum more admirantes, quæ non intelligunt: quasi peregrini interpretes ut plurimum antiquitatem Romanarum ac iuris et linquæ imperiti, ideo plus viderint, quia Græce scripserunt. Quod ni ita esset, nunquam essem tam ineptus, ut quamvis superiora verissima esse statuam; tamen in re iudicio meo non obscura, frustra longiorum operam sumerem. Imo ne sic quidem aliis dissentientibus, in quæstione de verbo, quæstione, ut videtur, cum de re constat, non admodum necessaria, pluribus immorarer, nisi sententia ipsa esset eiusmodi, quæ ineptam et absurdam etymologiam huic actioni affigendo, iurisprudentes veteres semel omnes in hac appellatione seu inducenda seu retinenda summæ inscitiæ et stultitiæ condemnaret, doceretque nihil esse tam ineptum aut absonum dictu, quod Iurisconsultis veteribus, cum illis collibuisset, probari non posset. Quam iniuriam cum fieri dolerem optimis auctoribus, hanc longius serpere non sum passus, quin pro eo ac facere iuris interpretem et veritatis amantem decet, occurrerem, statueretur-que hic exemplum, ex quo posset intelligi, quantum istis Græcis tribuendum esset et fidei et auctoritatis, cum de iure Romano, de sermonis Latini vi et origi-
ne agitur. † At enim dissentiunt illi non 10
simpliciter, quasi iis sufficeret affirmare triticiariam a tritico dictam esse; sed et huius originis causam afferunt, ut quidam putant, valde consentaneam; ne forte quod hic ab illis dicitur, statim repudiemus. Ergo hoc etiam restat, ut quid dicant, cognoscamus. Scite vero illi huius rei caussam reddiderunt. At ego non vereor ne hac paulo proprius inspecta, non ab omnibus qui aliquo iudicio præditi sunt, cum sua caussa irrideantur: tantum abest, ut putem cuiquam intelligenti dum attendenti eam probari posse. Volunt triticiariam a tritico dictam esse, quia initium agendi fuerit de tritico; idque ita explicant. Narrant eum qui primus hac actione egerit, petiisse triticum, et in hanc rem postulasse sibi hanc actionem dari. Hinc formulam primum compositam a Iurisconsultis, ut erat usitatum illis temporibus, quibus sua cuique actioni formula constituta erat: et compositam fuisse de tritico, ut tum id petebatur, formula nimirum ad factum accommodata: inde et formulam et actionem triticiariam esse appellatam. Hæc illi. Quæ nisi omnia non tantum falso, sed etiam partim nugatorie, partim absurde, partim imperite dicta esse ostendo, non recuso, quin nos inepti et imperiti, boni autem isti auctores omnium optimi et peritissimi mea etiam sententia habeantur. Aiunt eum, qui primus egit hac actione,
egis-

egisse de tritrico. Nugari hoc quidem est, non docere. Quid enim, si quis neget? quomodo probabunt? An non potuit, qui primus egit, de aliis rebus agere? Neque vero isti vixerunt illis temporibus, ut testari possint de tritico potius, quam de alia re actum esse, neque idoneum ullum huius facti auctorem citant. Valde ineptum est pro fundamento alicuius sententiæ id ponere, quod si negetur, longius progredi non possis. Sed potuit hic actor et de tritico agere: itaque quia potuit, etiam fecisse eum, si ita videtur, concedamus. Quid tum postea? an qui agit de tritico, continuo triticiaria agit? An non potest de tritico deposito agere, ut sit actio depositi: de empto, ut sit actio ex empto, non triticiaria. Potest omnino; et si quis ex his caussis petat, actiones superiores impetret, non triticiariam. Quid est igitur, quod dicunt, ad huius petitionem, qui primo de tritico egit, formulam et actionem triticiariam compositam fuisse, non depositi, aut ex empto? Quia scilicet proponunt eum actorem, non qui primus egerit de tritico simpliciter; sed qui egerit hac actione, seu qui de tritico hanc actionem sibi dari postularit. Postulabat ergo iste actor hanc actionem, nempe triticiariam. Erat ergo iam tum triticiaria actio, et ipsa quæ nunc ita appellatur. Alioqui quomodo ea ageret, quæ non erat prodita? solus actione et iudicio experiri potest, qui actionem habet. *L. si pupilli*, §. *ult. supr. de neg. gest.* Nemo autem actionem futuram habet, et quæ nondum est, sed præsentem, et iam ante iure proditam. §. *namque*: illic, *nullam habet in rem*, Institut. *de action.* Erat ergo, ut dixi, iam tum actio triticiaria, cum iste hac actione experiebatur, et cum eam sibi reddi postulabat a prætore. At hoc iidem illi paulo post negant. Affirmant enim post huius actoris petitionem compositam esse et appellatam formulam triticiariam, atque inde istius nominis occasionem et initium fuisse: idque ut efficiant, unum hoc illis in ratione huius nominis explicanda, propositum est. Quod si post nata est, certe ante, aut tempore eius petitionis non fuit. Et quisquam est, qui hæc secum pugnantia atque adeo ἀσύςατα esse non animadvertat? Et illi si cogitarent quid dicerent, hæc unquam tam inconsiderate scriberent? nam si cogitarunt et scripserunt, ne his mediocris etiam intelligentia defuit. Utcunque est, ad eos hoc loco refellendos non aliis auctoribus, quam his ipsis opus est. Quid enim dicent? primum istum actorem egisse triticiaria actione? falsum est ipsis auctoribus: hæc enim actio nondum nata erat, ut quam postea compositam et inductam volunt. Atque hoc ipso etiam efficietur, hanc postea compositam non esse: quia ipsis auctoribus non alia de caussa composita formula actionis triticiariæ fuerit, quam quod triticiaria actio initio postulata est. Rursum volent omnino istum actorem triticiaria actione egisse? falsum igitur, quod sequitur, triticiariam actionem postea esse inductam: ut quæ iam ante fuerit, quia non potuerit non esse tunc, cum ea ageretur. Atque hoc modo retro versus falsum erit istum actorem prius egisse triticiaria actione: quia si egisset, volunt consequens fuisse, ut formula triticiaria postea componeretur. Ut appareat, quod dixi, non magis hæc esse contraria, quarum uno posito, alterum tollatur; quam ἀσύςατα: quorum uno posito, sic alterum tollatur, ut simul tollatur et illud quod prius positum fuerat, atque ita neutrum consistat. Permittamus tamen illis ita divinare, ut qui primus egit triticiaria actione, egerit de tritico, demusque nihil contrarii esse in eo, ut dicatur aliquis egisse actione triticiaria, cuius tamen actionis nomen postea natum et inditum sit. Quid hæc petitio tritici ad nomen actionis inducendum facit, ut hæc propterea triticiaria appellari debeat? Imo, inquiunt, composita est inde a Iurisconsultis formula in verba ipsa facti et petitionis: unde et a tritico triticiaria dicta est. Hic vero non iam facti ut prius, sed iuris inscitia in istis deprehenditur. Nam si formulam iudicii intelligunt, quæ tum agenti data sit, nihil ad rem pertinet: hic enim non de unius iudicii formula, sed de genere toto actionis componendo agitur. † Sin intelligunt 11
formulam actionis, qua in omnibus caussis eius generis homines uterentur: falsum est formulam huiusmodi ex petitione esse profectam: falsum de tritico solo compositam, seu in ea solius tritici mentionem factam esse. Primum verum non est formulam actionis ex petitione nasci; sed contra prius concipitur formula actionis generalis a prudentibus, qua deinde homines iudicio experiantur: nam ut posterius sit ius, quam id, quod iure tribuitur, idest, actio, absurdum est. Idque est, quod a Pomponio dicitur, compositas esse initio actiones, quas certas solemnesque esse voluerint, quibus deinde homines inter se disceptarent, ne populus prout vellet, eas institueret. *L. 2. §. his legibus, vers. deinde, supr. de orig. iur.* Tum autem ut formula actionis triticia-

cia-

ciariæ petitionem triticiariam sequuta esset: tamen falsum est formulam de tritico compositam esse: falsum in ea solius tritici mentionem esse factam. Idque et ratio, et usus iuris manifeste convincunt. † Ratio
12 quidem certa. Cum enim de genere actionis componendo ageretur: formula in res omnes ei actioni subiectas componenda fuit, non in speciem aliquam ex innumeris: ut sciretur formulam componi, quæ competeret non de una illa specie, sed de omnibus, et simul de quibus competeret, intelligeretur. Alioqui ut nomen actionis, sic et formulæ ineptum esset ad rem exprimendam. In usu autem iuris non componi formulam, appellarive ex re una aliqua, quæ aliquando petita sit, aut nunc petatur ea actione, sed exprimi rem eo verbo, quod res omnes eius actionis proprias continet, exemplo est formula hypothecaria. Sic enim appellatur aut actio hypothecaria, aut formula, quæ hanc actionem continet: ad quam formulam Caius et Marcianus scripsere, ut indicant iscriptiones *L. 4. et 5.* et earum aliquot, quæ his auctoribus tribuuntur *infr. de pignor.* Negari non potest, eum qui primus egit actione hypothecaria, egisse non generaliter et infinite de hypotheca, sed specialiter de fundo, aut aliis rebus certis pignori datis. At videmus formulam inde compositam non appellatam ex illis speciebus, sed conceptam de genere toto: unde et nomine generis appellata sit hypothecaria. Hinc et formula vulgaris dicta tum de formula, tum de actione quæ formula comprehensa est, in *L. si servus, 42. infr. de fur.* Vulgaris non alia de caussa, quam quod ita composita est, ut vulgo parata sit omnibus agere volentibus ad eas res, quæ ea actione petuntur: proinde et talis, qua vulgo et sine discrimine
13 ad eas res utantur. † Quod si de nomine actionum ipsarum quærimus, ut hic de actione triticiaria, non de triticiaria formula agitur: licet hoc idem multo magis in omnibus actionibus animadvertere, quibus ex re petita nomen est. Sumantur exempli gratia, actio commodati, depositi, pigneraticia, empti, locati. Quis est tam imperitus rerum aut iuris, qui nesciat omnes, qui aliqua harum actionum primi egerunt, de re aliqua certa egisse, quam a se commodatam, depositam, pignori datam, emptam, aut locatam dicerent? Nulla tamen ex his nomen accepit ex ea re, quæ primo petita est: et merito, quia sic nomen rei non conveniret; sed ut generaliter ad res omnes commodatas, depositas, pigneraticias, emptas pertinebant. Ita generale nomen quæsitum est, quo res omnes continerentur. Quod et in triticiaria tum formula tum actione factum esse ambigi non debet, certa ratione nominum et perpetuo usu iuris ubique id comprobante.

Desinamus igitur adversus ea, Græcorum istorum nescio quorum auctoritate in hac re uti, quos videmus confidenter quidem, attamen tam nugatorie tamque imperite de re ignota scripsisse: statuamusque quod initio posuimus, cum actio hæc non magis sit de tritico, quam de aliis rebus omnibus: non modo non convenire optimorum auctorum usui atque prudentiæ, sed etiam plane absurdum esse, hanc appellare a tritico: nomine non magis congruente, quam si ab equo equina, a bove bubula, ab asino denique asinaria appellaretur: quod tamen pariter facere licuit, cum de his rebus non minus competeret. Discamus etiam nihil ad actionem a re aliqua nominandam facere initium eius rei petitæ: quia neque ex hac petitione formula actionis nascitur; nec si nasceretur, concipi aliter debet, aut in usu iuris solet, quam ut tota actio ea formula exprimatur.
† Illud fortasse esset probabilius, si diceretur primum in edicto propositam fuisse 14
actionem de tritico solo: unde et initio recte dicta sit triticiaria; post deinde translatam esse actionem ad res cæteras, quæ incertam æstimationem haberent. Ut in Serviana actione factum scimus, quæ de invectis et illatis in ædes conductas pignoris iure persequendis edicto proposita, tandem porrecta est ad res omnes alias pignori obligatas. *§. item Serviana, Inst. de act.* Unde evenit, ut res postea mutata sit, quæ fuerat initio, nomen tamen manserit. Sed ne hoc quidem dici potest. Nam hoc modo ea quæ competeret de tritico, diceretur absolute triticiaria; quæ autem esset de cæteris rebus diceretur quasi triticiaria aut triticiaria utilis, ut in eadem illa actione Serviana observari constat. Quæ enim de invectis et illatis est, dicitur Serviana; quæ de aliis pignoribus et hypothecis, quasi Serviana. *d. §. item Serviana, Inst. de act.* hæc eadem Serviana utilis in *L. 1. §. cum prædium, infr. de pig.* Nunc autem non modo nusquam legimus utilis triticiariæ aut quasi triticiariæ nomen; sed etiam Triticiaria, quæ absolute et proprie ita dicitur, ex æquo tribuitur rebus omnibus in *L. 1. hic*, idest, quæ tritico, eadem et cæteris: sic enim Ulpiani definitio est. Et generaliter dicendum est omnes res per hanc actionem peti præter pecuniam

niam numeratam. Observandum et illud, tunc actionis de certis rebus comparatæ nomen ad alias quoque res transferri posse, cum nomen est ab auctore, ut in eadem Serviana accidit, quæ ab invectis et illatis tacite pignori obligatis translata est ad alias hypothecas; sic enim nomen actionis natura sua omnibus rebus convenire potest, cum nihil prohibeat, quominus qui voluit quibusdam rebus actionem Servianam, exempli gratia competere, voluerit et eam competere de aliis similibus, ut nihilominus ex sententia auctoris recte in omnibus dicatur Serviana. At cum actio ex re petita appellatur, quia nomen certo generi rerum tribuitur, id in his rebus manet, nec transfertur postea ad alias: quia nec potest cum alii generi non conveniat, repugnante verbi significatione. Indicio est illa eadem Serviana, cum ex hypotheca, idest, ex re de qua competit, nomen sumitur, diciturque hypothecaria. Hæc enim sic competit de omnibus pignoribus et hypothecis, quod nomen significat, ut constet de his rebus, quæ pignori obligatæ non sunt conpetere non posse: quia in eas, quæ hypothecæ non sunt, hypothecariæ nomen
15 non cadat. *d. §. item Serviana, de act.* † Quod cum satis effectum sit, triticiariam actionem a tritico dictam non esse, nec nisi absurde dici posse: sequitur, non ut iam probabiliter existimetur dictam esse a Triticio, exemplo Publicianæ, quod nostri putant; sed etiam necesse sit ita existimari. Cum enim inter omnes conveniat, aut ab auctore eam dici, aut a re petita, idest, tritico: si a tritico dicta non est, relinquitur, ut sit nomen ab auctore. Hunc autem fuisse intelligimus, cui nomen esset Triticius, non Triticus: unde et Triticiaria appellata sit, non Triticaria, quia more Romano de persona dicitur Triticius, ut Fabricius, Porcius; non Pabricus, Porcus, vel Triticus. Idque eo magis probandum est, quia et inscriptio huius tituli est, *De conditione Triticiaria*: et hanc appellationem ubique retinuerunt Græci interpretes, etiam tunc cum scribunt hanc actionem a tritico dictam esse: magno argumento et illos ubique sub hoc titulo ita legisse. Qui sicubi legissent triticariam, non dubium, quin hanc vocem prætulissent, ut origine ad triticum propius accedentem, eoque et convenientem iis, qui actionem a tritico dici vellent. Ita cum in Pand. Florentinis in L. 1. legatur *triticaria* condictio: hic potius vitium scripturæ agnoscendum est, et emendandum ex inscriptione, quæ in iisdem Pandectis est, ut restituatur triticiaria, quam inscriptio ex eo loco mutanda. Et cur metuamus in hoc verbo id mendum levius agnoscere in Pand. Florentinis, cum in iisdem Pandectis in extremo eiusdem *L.* 1. ita legatur, Vel vi mobili abrepta: ubi constat pro vi legendum esse *re*? neque enim vis mobilis eripitur, sed res mobilis eripitur vi.

Sed † de verbo plus satis. De re et actione ipsa, qualis sit, quod sequitur, iam videamus. Et breviter condictio Triticiaria huiusmodi actio est. Rebus de quibus competit, differt a condictione certi; aliis attributis adeo similis, ut quæ de illa diximus ad *L. certi*, *supr. si cert. pet.* hic congruant omnia. Quibus de rebus hæc actio competat, quidque in eo distet a certi condictione, declaratur in *L.* 1. *et* 2. *infr. eod.* quamobrem ibi dicemus. Reliqua, quia nusquam attinguntur, ex professo sub hoc titulo, hic exponam. Sunt autem hæc, quæ ut in aliis actionibus, sic et in hac in conditione actionis maxime quærantur. Qua ex caussa competat hæc condictio; quibus detur, et adversus quos; stricti iuris sit, an arbitraria, quoniam et de hoc dubitandum est. In quibus puto omnia cum certi condictione ita esse communia, ut plane sint eadem. Competit certi condictio non proprie ex una aliqua caussa certa, sed indefinite ex omni caussa et obligatione, ex qua iure certum debetur, et peti potest. *L. certi*, *supr. si cert. pet.* ut proinde specialem caussam agendi, et sæpe specialem actionem esse oporteat prius, quam condictioni certi sit locus. Eadem caussa est et Triticiariæ condictionis. Si qua sit specialis caussa, puta contractus, aut maleficium; si qua inde obligatio iure constituta, unde agi possit: illinc erit condictio triticiaria, quæcunque illa caussa aut obligatio fuerit: dum non agatur de pecunia numerata, de qua hæc actio non competit. Extra eas caussas nulla est hæc condictio. Proinde earum caussarum cognitio aliunde huc afferenda est. Atque hanc communem caussam esse huius actionis probat, quod Ulpianus in *L.* 1. §. 1. tractans, num per hanc actionem res nostra peti possit, rem ad privatas et speciales actiones revocat, et ait non posse peti, *nisi caussis, ex quibus potest*: intellige, *potest*, non hac actione, cum hoc ipsum adhuc incertum esset, ex quibus caussis posset hac actione agi; sed *potest*, nempe aliis propriis et specialibus actionibus de re nostra proditis. Et ideo eas caussas subii- cit:

cit: *veluti*, inquit *ex caussa furtiva*; *aut re mobili abrepta*; aut si quis de fundo vi deiectus sit. Ex his caussis res nostra et sine hac condictione iure peti potest, propriis actionibus in eam rem comparatis, de re quidem furtiva condictione furtiva; de re autem vi occupata interdicto unde vi, seu actione in factum ex ea caussa. Ita innuit condictionis triticiariæ nullas esse proprias caussas, sed si quæ sint, ex quibus privatæ et propriæ actiones constitutæ sint, easdem et caussas esse huius condictionis, ut ea agi possit; si privatæ caussæ huiusmodi nullæ sunt, nec hac actione agi posse. Nam quod in una specie rerum dicitur, id par ratio facit ut pertineat ad omnes. Quapropter exemplum sequuti definitionis eius, quæ de condictione certi traditur in *d. L. certi, supr. si cert. pet.* etiam de condictione triticiaria sic recte definiemus: competere hanc ex omni caussa et omni obligatione, ex qua res omnes petuntur præter pecuniam numeratam. Qua definitione de caussis huius actionis constituta, necesse est eandem hic dubitationem exsistere, quæ in certi condictione: si nimirum non ex aliis caussis competit condictio triticiaria, quam ex quibus propriæ sunt et speciales actiones, quid tandem opus fuerit hac actione: et maxime in rebus certis, de quibus non solum speciales actiones sunt, sed etiam certi condictio generalis, quæ cum his concurrit. Quod cum communem cum illa rationem habeat, de eo idem nunc responsum volumus, quod tum fecimus, cum ageremus de certi condictione ad *d. L. certi, si cert. pet.*

17 Cui † et adversus quem Triticiaria actio competat, superior definitio cognita expedit. Si enim hæc actio competit solum ex iis caussis, ex quibus quid propriis actionibus ante in eam rem constitutis peti potest: necesse est eam non aliis neque adversus alios dari, quam quibus et adversus quos privata illa petitio est. Itaque cum de superiore definitione et caussis huius actionis inter veteres constaret: non mirum, si hoc titulo adiectum non est, qui et adversus quem actio competeret: quia hoc ex illo sua sponte intelligebatur, si modo privatæ illæ actiones, prius notæ essent: quarum cognitionem necessario huc

18 afferri oportet. † Quinetiam utrum condictio Triticiaria stricti iuris sit, an arbitraria, quod postremum quærebamus; propemodum eadem definitione adhibita diiudicatur. Consequens nimirum illi definitioni est, actionem stricti iuris esse, non, ut quidam putant, arbitrariam: quam ob caussam et hæc pars hoc titulo omissa est. Ipsæ enim illæ caussæ speciales, ex quibus hæc condictio datur, non omnes pariunt actiones speciales arbitrarias, sed plerasque stricti iuris, ut ex stipulatu, ex testamento, et similes. *L. in actionibus, in fi.* iuncta *L. alias, seq. supr. de in lit. iur.* Quomodo ergo esset arbitraria hæc generalis, quæ nihil amplius petit, quam quod actione speciali iure constituta peti potest? Quod si in quibusdam caussis arbitraria non est: in aliis omnino non erit. Etsi enim diversis ex caussis competit: unius tamen generis condictio est: quia una est actio, non plures. Proponamus nobis hic certi condictionem. Hæc non minus competit ex variis caussis, ex quibus, quæ actiones privatæ nascuntur, aliæ sunt stricti iuris, aliæ bonæ fidei, aliæ arbitrariæ. Ipsam tamen condictionem nemo bonæ fidei aut arbitrariam esse dicit, quia nova hæc actio est, quæ inter hæc genera non recensetur. Certe tunc omnium confessione non est arbitraria, sed stricti iuris, cum ex caussa et actione stricti iuris proficiscitur. Idem et de condictione triticiaria necesse est existimari, quæ eadem definitione, et iisdem caussis obligationis utitur. Postremo cum nusquam numeretur inter arbitrarias, aut arbitrariarum nota ulla illi tribuatur: cur illam dicamus arbitrariam, non animadverto. Nam quod quidam hoc loco sine alia probatione intrepide affirmant, in hac actione iudicem æstimare rem arbitrio suo, quæ petatur habita ratione loci et temporis: item dari iudicem eius rei, quæ petitur æstimandæ caussa, unde colligitur arbitrariam actionem esse: agnosco et in assumpto et in collectione asseverandi confidentiam istis familiarem: verecundiam in re tam aperta, et mediocrem etiam iuris cognitionem requiro. Quid enim minus verum est, quam hanc actionem esse de re æstimanda, seu rei æstimandæ caussa? Quod vel ex *L. 1. hoc tit.* cognoscere poterant; si quod illic dicitur, unquam expendissent. Aperte enim Ulpianus definit, per hanc actionem peti res omnes præter pecuniam numeratam: et enumeratione utens, nominatim dicit per hanc peti fundum, peti usumfructum, servitutes prædiorum, rem nostram ex caussa furtiva. Petuntur ergo res hac actione, non earum æstimatio. De re ergo est actio, non de rei æstimatione: ac proinde non de re æstimanda, non rei æstimandæ caussa. Quid, quod et ipsi rem per hanc actionem peti fatentur? Sed addunt iudi-

cem

cem rem quæ petitur æstimare, quia et rei æstimandæ detur. Hic vero ius manifestum reclamat. Sic enim ius est, ut quæ res petitur iudicio, de ea sic et iudicem iudicare oporteat, ut reum in eam rem condemnet, non in rei æstimationem. *L. ult. C. de fid. lib.* Quare si volunt iudicem hic rei æstimandæ dari, eoque et pro potestate eam recte æstimare: ne dicant rem peti hac actione, sed peti æstimationem: ne dicant de tritico agi, sed ut postea loquuntur, de tritico æstimando. Nam utrumque iuris ratio non patitur, ut dicamus et rem peti deducique in iudicium, et nihilominus extra id quod in iudicium deductum est, potestatem iudicis excedere, ut eam rem æstimet, id est, reum in æstimationem condemnet, non in rem petitam. *L. ut fundus, supr. com. divi. d. L. ult. C. de fid. lib.* Sed prius, ut dixi, verum est, hac actione res peti, nec de æstimatione quidquam adiici ab Ulpiano. Ex quo efficitur nec propositam esse actionem rei debitæ æstimandæ caussa, aut re petita posse iudicem in hac actione rem arbitrio suo æstimare. Sane et in hac actione interdum res petita æstimatur: unde quæstio *L. 3. hic*, in hac actione cuius temporis æstimationem res petita recipiat. Sed necessitate rei cogente, non actionis natura. Id enim tunc fit, cum aliter res præstari recte non potest, ut ibi patebit. At ubi res debita exstat, et potest integra præstari: ut ipsa petitur hac actione iuxta definitionem Ulpiani, ita consequens est et condemnationem in hanc fieri, non in æstimationem. *d. L. ult. C. de fid. lib.* Ita fit, ut semper natura sua hæc actio non sit de re æstimanda: non ea, in qua iudex rem æstimet, nedum æstimet arbitrio suo.

Illa vero collectio cuiusmodi est: quia in hac actione rem æstimet iudex arbitrio
19 suo, ideo actionem esse arbitrariam? † An statim arbitraria, in qua iudex rem æstimat? Id vero longe aliter se habet. Nam quomodo res æstimatur in hac actione in specie *L. 3.* et in specie *L. ult. hoc tit.* Quo item modo in his ipsis locis quæritur, cuius temporis æstimatio fiat: eodem modo et rem æstimari, et de æstimatione quæri ac circa easdem species legimus in aliis actionibus, quas constat maxime esse stricti iuris: neque propterea illæ actiones stricti iuris esse desinunt. Qualis est actio ex testamento, aut ex stipulatu? omnium confessione stricti iuris, ut et declaratur in *L. in actionibus, vers. plane*, iuncta *L. alias seq. supr. de in lit. iur.* At Sticho legato aut promisso post moram debitoris mortuo, quia res adhuc debetur, sed corpus ipsum præstari non potest, ideo illis actionibus æstimatio præstatur: et in his iudicem rem æstimare, etsi per se satis intelligitur; tamen ne quis dubitet, diserte scriptum est in *d. L. in actionibus, vers. plane, de in lit. iur.* Qualis est condictio furtiva? Et ipsa stricti iuris, non arbitraria, ut in qua res nostra petatur, non ut nostra, sed ut nobis debita, et quam nobis dari oporteat. *§. sic itaque, Inst. de act.* At re furtiva perempta pariter et in ea actione præstatur æstimatio, neque aliter quæritur cuius temporis æstimatio fiat, aut aliter de eo statuitur, quam in hac actione. *L. in re, in pr. et §. 1. supr. de cond. fur.* Conferatur cum eo loco *L. 3. h. t.* similia omnia reperientur. Qualis denique condictio certi ex mutui caussa? Non minus et hæc omnium consensu stricti iuris, quæ non numeratur inter actiones bonæ fidei, aut arbitrarias, neque ad earum definitiones pertinet, ut patet ex *§. actionum autem, et §. præterea, Inst. de act.* At in ea actione vinum petitum, quod mutuo datum erat, non aliter æstimari dicitur in *L. vinum, supr. si cer. pet.* quam æstimari legimus in *L. ult. hoc tit.* et quidem ita, ut utrobique iudex et temporis et loci pariter rationem habeat. Quare qui in qua actione iudex rem æstimat, et loci ac temporis rationem habet, ideo eam actionem arbitrariam dicit: is aut negat rem ita æstimari in superioribus actionibus, aut eas actiones stricti iuris esse non putat; aut quæ sunt stricti iuris, easdem quoque putat esse arbitrarias: quæ omnia manifesto iure refelluntur. Duo quidem priora satis ex iis quæ modo diximus. Tertium vero ex eo, quod arbitrariæ actiones, tertium genus statuitur apud Justinianum distinctum ab actionibus bonæ fidei, et stricti iuris. *§. actionum autem, et §. præterea, Inst. de act.* In actionibus quidem arbitrariis res quæ periit, a iudice æstimatur, ut in actione, quod metus caussa. *L. item si cum, §. hæc autem, §. pro eo autem, supr. quod met. caus.* Sed non ideo in quibus res perempta æstimatur, omnes arbitrariæ. Nam et in actionibus bonæ fidei maxime huic ipsi æstimationi locus est: *L. 3. §. ult. infr. de act. em.* neque ideo aut hæc condictio triticiaria, aut aliæ in quibus eadem æstimatio servatur, sunt bonæ fidei. Huic tamen opinioni videtur iam olim apud doctos quosdam viros, longe quam isti, attentiores caussam dedisse difficultas *L. 3. hic*: cui cum multa vide-

derentur adversari, nec haberent aliud, quo illa expedirent, eo confugerunt, ut dicerent hanc actionem esse arbitrariam: cui proinde ut pro arbitrariarium natura plus tributum sit in eadem re, quam cæteris actionibus. Hoc quidem est aliquid, et admitti posse putarem, si in *d. L.* 3. statueretur quid in condictione triticiaria, cum de hominis petiti æstimatione quæritur, diversum ab eo, quod in eodem genere servatur in actionibus reliquis. Sed si omnia in jure petitoris et exitu iudicii cum aliis iudiciis consentiunt: non necesse est fingere de hac actione, quod non probatur, ut eam repugnantiam tollas, quæ nulla est. De quo illic commodius.

Ad L. Qui certam pecuniam. 1.

Ulpianus lib. 27. ad Edictum.

Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, *Si certum petatur*: qui autem alias res, per triticariam condictionem petet. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc condictionem peti, si quæ sint, præter pecuniam numeratam, sive in pondere, sive in mensura constent, sive mobiles sint, sive soli. Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, et si vectigalis sit, sive jus stipulatus quis sit, veluti usumfructum, vel servitutem utrorumque prædiorum.

SUMMARIA

1. *Triticiaria pecuniam admittit natura sua, et natura pecuniæ.*
2. *Pecuniam arbitraria actione peti posse.*
3. *Arbitrariam actionem esse posse, etiam in qua res petita non æstimetur.*
4. *Triticiaria cur de pecunia non sit proposita, voluntate sola proponentis factum.*
5. *Voluntati caussam dedit occasio, et quæ.*
6. L. 1. in pr. hic, *explicatur.*
7. *Triticiaria de rebus omnibus, sola pecunia numerata excepta.*
8. *Certi condictio non tantum de pecunia numerata certa, sed et de rebus aliis omnibus certis.*
9. *Triticiaria a certi condictione in rebus petitis quid differat.*
10. *Post generalem definitionem, Triticiariam competere de rebus omnibus, quid opus fuerit speciali quarundam rerum enumeratione hoc loco.*
11. *Triticiaria edicto proposita infinite de rebus, quæ incertam æstimationem habent: et quæ res his verbis contineantur.*

Locus est de rebus, quæ condictione triticiaria peti possunt: in quo complectitur Ulpianus, non tantum quæ peti possint, sed etiam nominatim quæ non possint, et in summa quibus de rebus hæc actio competat, aut non competat. Ac primum de quibus, seu potius de qua non competat. In hac caussa esse dicit pecuniam numeratam, quam significat hac actione peti non posse, non solum cum dicit eam peti illa actione, si CERTUM PETETUR, idest, certi condictione, per adversativam autem subiicit, condictione triticiaria peti res cæteras; sed tum apertius, cum definit, *per hanc actionem peti res alias præter pecuniam numeratam.* Sed ut hæc peti hac actione non potest: ita ex iisdem verbis apparet solam esse eam, de qua hæc condictio non competat. Quæsitum ergo est, cur ex omnibus excipiatur pecunia numerata, et sola. Equidem dederim caussam aliquam fuisse, quæ prætorem moveret, ut videretur ei hanc actionem proponere de aliis rebus omnibus; de pecunia numerata non item: ne temere id factum existimetur, ubi nulla omnino excipiendi caussa fuerit. Sed quæcunque fuerit hæc caussa, idem dico, hanc potius occasionem fuisse, quam ullam rei aut iuris necessitatem. † Nam neque rei petitæ, neque actionis natura prohibet, quominus et de pecunia numerata hæc actio recte detur. 1
Non rei omnino. Nihil est enim in pecunia numerata, quod non etiam cernatur in rebus aliis, quæ petuntur hac actione. Pecunia res mobilis est: et de mobilibus aliis omnibus hæc actio competit. Pecunia quantitate constat: constant et illæ, quæ pondere mensurave consistunt, de quibus non minus hæc actio competit. Pecunia res certa est: et de certis aliis rebus omnibus hæc

actio

actio locum habet: quæ omnia infra subiiciuntur. Pecunia quidem triticum non est; sed nec res aliæ, de quibus tamen omnibus hæc actio comparata est: ut quamvis quis putet hanc actionem a tritico dici, nihil tamen origo nominis obstet, quominus detur actio et de pecunia numerata. Sane inter pecuniam et res cæteras hoc interest, quod pecunia certam æstimationem habet; cæteræ incertam, aut certe inconstantem, etiam si per se certæ sint. Sed nihil ad rem facit hæc æstimatio, ut propterea pecuniæ numeratæ hæc actio denegari debeat: quoniam hac actione res petitur, non æstimatio, ut hic Ulpiani definitio est. Atque ut pecuniæ natura hanc actionem non repudiat, sic nec natura ipsius actionis. Diximus triticiariam esse stricti iuris, quæ non numeretur inter actiones bonæ fidei, aut arbitrarias in §. *actionum autem*, *et* §. *præterea*, *Inst. de act.* Et quis ignorat actione stricti iuris pecuniam numeratam peti posse? peti potest ex legati caussa, cum legata est; ex caussa mutui, cum mutuo data est; ex stipulatu, cum est in stipulatum deducta: ex quibus omnibus caussis stricti iuris actio est. *L. in actionibus*, *vers. plane*, *iuncta L. alias*, *supr. de in lit. iur.* Ac demus etiam, si placet, actionem esse arbitrariam. An ideo hac actione pecuniam numerata peti non potest? Sane vero hanc caussam quidam putant, cur non possit: quia et actio arbitraria sit, et in actione arbitraria iudex rem quæ petitur, æstimet; pecunia non æstimetur, sed ipsa æstimet res cæteras. Si verum dicendum est: plane pudendum utrumque, et quod arbitraria actione pecuniam numeratam posse peti negant, et quod addunt, iudicem in arbitraria actione rem petitam æstimare: quasi non sit arbitraria, in qua res petita non æstimetur. Ad quæ convincenda unum exemplum notissimi iuris sufficiet in actione, de eo quod certo loco promissum est.

2 † Hæc actio certo iure arbitraria est, nec quisquam de eo ambigit. §. *præterea*, §. *loco*, *Inst. de act. L.* 2. *in pr. infr. de eo quod cert. loc.* Atqui hanc actionem non minus competere de pecunia numerata, quam de vino, oleo, frumento, et similibus rebus, nemo ignorare potest, nisi qui ignorat ius diserte scriptum in *L.* 3. *eod. tit. de eo, quod cert. loc. et* §. *loco*, *Inst. de act.* Ergo et arbitraria actione pecunia numerata peti potest.

3 † Sed et illud, lecta *ead. L.* 3. *et d.* §. *loco*, quis nescit, in ea actione pecuniam numeratam non æstimari, et nihilominus actionem esse arbitrariam? quippe ut illic declaratur, æstimatur utilitas loci eius, in quo pecunia solvi potuit: quæ utilitas æstimatur, ni pecunia numerata in eo est: quod pecuniæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris inveniuntur: et hactenus ea actio refertur in arbitrium iudicis. *d. L.* 3. *de eo quod cert. loc.* Quare verum est, sive Triticiariam stricti iuris esse dixerimus, sive arbitrariam: nihil tamen naturam actionis prohibere, quominus actio et in pecuniam numeratam cadere potuerit.

† Ex quo efficitur, quod 4
de ea re non competit, una voluntate prætoris hanc actionem proponentis factum esse, non alia necessaria aut urgente de caussa: ut qui et de pecunia numerata eam proponere potuerit, nec minus iuste, cum pariter de pecunia debita ageretur, nec minus consentiente actionis natura. Et cur in hac actione id non admittamus, cum videamus et in edicto de certi condictione ex eadem voluntate prætoris pendere, quod condictionem de certis potius rebus proposuit, quam de incertis? nam profecto res incertas non minus deberi, et iure peti posse constat, quam certas.

† Sed ut res in 5
se rationem iuris nullam habuit, quæ prætorem ita facere cogeret: ita occasionem, cur ita faceret, habuit. Atque ex huiusmodi occasione hæc distinctio rerum nata est. Occasio autem ex eo, quod in utraque actione instituenda sibi propositum habuit. Illic propositum erat prætori ex mutui caussa proponere certi condictionem. Ex hoc initio processit longius, ac per eam occasionem proposuit et ex illa caussa nominatim, et generaliter ex omni alia, ex qua itidem certum peteretur. In hac autem actione cum sibi proposuisset prætor actionem comparare de incertis rebus, quæ actio post condictionem certi adhuc deerat: ex eo caussam cœpit eam actionem paulo generalius proponendi de rebus omnibus, quæ in se incerti quid haberent. In quo numero cum essent res omnes aliæ præter pecuniam numeratam ideo instituto serviens priores illas complexus est, pecuniam numeratam omisit. De quo mox plura, cum ad alias res ventum erit, quæ in hanc actionem cadunt, quarum tractatio apud Ulpianus huius rei explicationem certiorem desiderat.

† Redeo ad pecuniam numeratam. Quæ 6
postquam ex edicto hac condictione peti non potest, quæreret aliquis, qua ergo actione possit. Et id obiter interserit Ulpianus initio, aitque eam peti illa actione,

si

SI CERTUM PETETUR: idest, certi condictione de quo verbo diximus initio tituli. *Si certum pet. supr.* Definitio autem expendenda est. Ait: *qui certam pecuniam numeratam petit.* Dixit *numeratam*, quia alioqui pecuniæ verbum generale est, res omnes continens, de quibus triticiaria pariter et condictione certi uti possumus: de pecunia numerata; idest, de nummis non item. Addidit *certam*, uberioris explicationis caussa magis, quam necessario: quia pecunia numerata si iura petitur, non alia, quam certa potest accipi: sola enim peti potest ea, quæ certa est. Incertæ pecuniæ, idest, eius cuius numerus seu quantitas non exprimitur, nulla stipulatio, nulla obligatio est. *L. ita stipulatus.* 115. *in pr. infr. de verb. obl.* Proinde nulla petitio: quæ in actionibus in personam ex obligatione oritur. §. 1. *Inst. de act.* Ergo certam dixit, quia re vera in hanc solum cadit, ut condictione certi recte petatur; at non ita, ut incertam pecuniam removeret: quoniam de incerta dici non debet, hanc peti non posse certi condictione, sed peti omnino non posse: ut quæ neque ea actione peti possit, neque ulla alia. Ait, eum, qui certam pecuniam petit, uti *certi condictione.* Non recte definit, dixerit aliquis. Non enim solum ea condictione pecunia numerata peti potest; sed et aliis non tantum multis, sed et magis negotii propriis: nempe specialibus innumeris, prout est caussa, ex qua pecunia debetur: ut mandati, negotiorum gestorum, ex vendito, locati, et similibus. Quibus constitutis, si quæratur, qua actione pecunia numerata peti possit: hic de una certi condictione respondere non conveniat quæstioni propositæ; et si de ea sola actione intelligatur, falsa sit definitio. Et res ita habet: si quidem propositum esset hoc loco superius illud definire. Quod secus est. Definitio enim sic accipienda est, ut instituto loquentis conveniat. Agebat autem Ulpianus hoc loco de Triticiaria actione, tractabatque, quibus de rebus ea competeret, ut sequens oratio tota testatur. Hinc quærebatur, an generalis ea actio competeret etiam de pecunia numerata. Negat. Inde sequens quæstio, nullane ergo similis, et generalis de ea competeret: similis, inquam, et generalis, quia de generali instituebatur sermo. Respondet competere, in eaque re usum esse condictioni certi. Itaque sic definitio exaudienda est, quasi ita dictum esset sub conditione: si quis pecuniam numeratam petat; et velit in eo condictione aliqua generali uti, qualis est Triticiaria, de qua agitur: condictione certi utetur, non Triticiaria: non enim hic Triticiaria locum habet.

† Atquæ hæc res est, de qua hæc actio non competit. Sed ut dixi, res sola: cæteræ in ea caussa, ut hac actione peti possint. Sed an omnes? Et non aliud agit Ulpianus deinceps, neque hoc reliquo capite, neque sequenti, quam ut doceat omnes peti posse, cuiuscunque generis sint sine exceptione, præter pecuniam numeratam. Id quod explicat primum generali definitione de omnibus concepta: deinde enumeratione specierum huius generis, et maxime earum, de quibus maior dubitatio esse potuit: ut si constet eas peti posse, nihil sit dubii, quin et possint omnes aliæ, ac proinde sine exceptione omnes, ut paulo ante definierat. Definitio per se patet: *et generaliter*, inquit, *dicendum est eas res per hanc actionem peti, si quæ sint præter pecuniam numeratam.* Sic P. Florentinæ. In aliis exemplaribus veteribus legitur apertius, *omnes res peti, quæ sint præter pecuniam numeratam.* Quo modo legisse Accursium apparet ex glossa ad verbum, QUARE, sed utraque scriptura eandem sententiam habet, omnes peti posse: hæc enim oratio, *eas res, si quæ sint*, valet, si ullæ sint, seu quæcunque sint: id autem est, omnes. In specierum enumeratione omnes est complexus. Res enim aut corporales sunt, aut incorporales. Corporalium aliæ mobiles, aliæ soli. Conditione omnes aut certæ, aut incertæ. Ut intelligi possit nullas excipi, has omnes ait in hanc actionem cadere: et nominatim in rebus mobilibus cavet de his, quæ pondere, mensurave constant: ut de quibus dubitari posset præter cæteras, quia æque quantitate constarent, ut pecunia numerata. In rebus incorporalibus numerat non tantum usumfructum, et prædiorum servitutes, quod fit in hac lege; sed etiam possessionem, ubi de fundo deiectus est, is qui dominus non erat, quod fit in *L.* 2. Nam possessio etsi re ipsa facti est, *L.* 1. §. 1. *infr. de acq. poss.* tamen hoc mutuatur ex iure, et hactenus iuris est, ut pro re quæ acquiri potest, habeatur. *L. possessio*, 49. *in pr. et* §. 1. *infr. eod. de acq. poss.* Nec ex rebus corporalibus excipit rem nostram: tantum monet, ut petatur ex his caussis, ex quibus res nostra condici potest, idest, peti actione in personam; quoniam actio Triticiaria condictio est. Potest autem res nostra condici, si mobilis est, ex caussa furtiva, aut rapi-

na,

na; si immobilis, ex hac caussa, si dominus vi deiectus sit. Hac *L.* §. *ult. et L. seq.* Nec minus incertas hac actione peti posse ostendit exemplo usus fructus: hic enim incerta res est. *L. ubi*, §. *fundi*, *infr. de verb. obl.*

Et hæc de rebus, de quibus hæc actio competit, Ulpiani sententia est. Sed et transitus eius ad hanc sententiam, et fusior huius rei explicatio duplicem dubitationem afferunt: quæ hoc loco attingenda est. Transitus hic est: cum enim dixisset eum qui pecuniam numeratam petit, uti certi condictione: subiicit per adversativam, QUI AUTEM ALIAS RES, PER TRITICIARIAM CONDICTIONEM PETET. Ergo res alias per condictionem certi non petet, dicet aliquis. Hæc enim oratio adversativa est, quæ in rebus subiectis negat, quod priore oratione continebatur. Prius autem dicebatur, de pecunia numerata competere certi condictionem. Proinde nunc in aliis rebus hanc Ulpianus competere negat. Unde quæstio, an quemadmodum de aliis rebus competit condictio Triticiaria, ita competat hæc generalis sola, non etiam certi condictio, quatenus res a-
8 liæ certæ sunt. † Sed verum est et de aliis rebus certis competere certi condictionem. Declarat et actionis nomen, et *L. certi*, *supr. si cert. pet.* et ego ibi pluribus ostendi. Id hoc loco non mutat Ulpianus. Negat, fateor, in adversativa oratione, quod prius dixerat. Sed videndum, quid prius senserit. Et cum dixit, eum qui pecuniam numeratam petit, certi condictione uti: verbis quidem tantum dixit de certi condictione; sententia autem dixit, maxime de condictione Triticiaria, ut de qua sermo instituebatur; atque hoc voluit: certi condictione utitur, non autem hac Triticiaria, de qua nunc agimus. Hoc posterius mutat in rebus per adversativam subiectis. Non petitur pecunia numerata condictione Triticiaria, sed condictione certi; et alias res si quis petet, per condictionem Triticiariam petet. Hoc recte: sic tamen, ut si de condictione certi quæratur, nihilominus alias res petere possit et per certi condictionem; sed de ea hic non agitur. Neque hæc adversativa particula prohibet: quoniam ut recte adversativa oratio subiiciatur, satis est; si præcedenti orationi adversetur in parte aliqua, etiam si non in omnibus: et maxime si adversetur in parte præcipua et ea re, de qua potissimum erat sermo ut
9 in proposito. † Hinc iam intelligitur, quid distet Triticiaria a certi condictione: rebus enim quæ petuntur differre initio dixi: alio-qui condictioni certi per omnia fere similem: ac de rebus iam intelligimus. Est autem in summa hoc discrimen. In rebus certis plus continet certi condictio; in incertis plus condictio Triticiaria. Rebus certis propositis, de his certi condictio competit, iisque omnibus. Triticiaria de certis quidem; sed excipitur pecunia numerata. In incertis contraria utriusque ratio. Illa enim de incertis nullo modo competit: nec potest; verbo *certi* adversante. At Triticiaria etiam de incertis, et quidem omnibus sine exceptione. † Fusior e- 10
tiam huius rei explicatio suam dubitationem habet. Nam cum generali et aperta definitione dixisset per Triticiariam condictionem res omnes peti: quorsum singularum specierum enumeratio, ut id demonstraret? an non supervacuo, cum qui dixit *omnes*, satis dixerit singulas, nec ullas excipi? Augetur dubitatio hoc modo. Aut enim cautum est edicto peti posse omnes, aut non est. Si cautum: quid pluribus verbis opus fuit in re non necessaria? Si cautum non est, sed tantum de uno aliquo genere rerum aut de certis: verum non est omnes res hac actione peti posse: cum certarum rerum expressio, de quibus hæc actio detur, cæteras excludat. Arg. *L. maritus*, *in fin. C. de proc.* Et esset supervacua hæc omnis explicatio, si aperte scriptum esset in edicto, prætorem hanc actionem de omnibus rebus daturum: præter pecuniam numeratam. Unde colligimus, cum in eo probando immoretur Ulpianus, de eo aperte in edicto cautum non esse. Neque rursum de certis generibus nominatim actionem propositam esse putandum est: sic enim, ut dixi, intelligeretur præter eam de aliis non dare: adversus quod facere non est interpretum iuris, qualis fuit Ulpianus, quales Iurisconsulti omnes veteres. Quid ergo est? Nempe relinquitur tertium, ut statuamus propositam esse actionem, generaliter quidem de omnibus rebus; sed iis verbis, quæ explicationem desiderarent, et ex quibus magis colligeretur hoc ius interpretatione, quam his exprimeretur. Unde evenit, ut diligens eius rei commonefactio necessaria fuerit: tantum abest, ut sit supervacua. Et quamvis Ulpianus definierit primo omnes res hac actione peti posse: tamen cum in eo non ius apertum poneret, sed suam, aut etiam aliorum veterum interpretationem, scivit non temere adhuc dubitari posse ex iure, num sine distinctione rerum id probandum esset. Ideo et de singulis generibus respondit, ne quem locum dubitationi relinqueret. Quæremus igitur,

tur, quibus verbis hoc edicto actio de rebus omnibus proponi potuerit, ut tamen aperte id non exprimeretur, et simul ex-
11 cluderetur pecunia numerata. † Et hæc accomodata fuisse reperio, ut ediceret prætor, se de *iis rebus quæ incertam æstimationem habent, actionem daturum.* Hæc enim verba *quæ incertam æstimationem habent*, aperte pecuniam numeratam non continent: cum nummorum certa sit æstimatio. *L. 3. sup. de in lit. iur.* Uude statim hoc pro certo sumptum est, pecuniam numeratam hac actione non peti. An cæteræ res omnes his verbis continerentur, dubitari potuit: quia neque verba id exprimunt, et videri possunt magis ad res incertas referri. Et verba sic accepta sunt: ut placeret his contineri res omnes extra pecuniam numeratam. Incertas quidem sine dubio, cuius generis est ususfructus, et possessio; sed nihilominus et certas, ut sunt species corporales tam mobiles, quam soli. Et recte: etsi enim in se certæ sunt, æstimatio tamen earum incerta, ut quæ pro conditione cuiusque rei varietur. Quod si omnes hic continentur, dicendum fuit et actionem ex hoc edicto de omnibus competere, quantumvis quantitate, certitudine, aut aliis conditionibus pecuniæ numeratæ similes videri possent. Et tamen quia hoc ipsum dubium esse poterat propter rerum diversitatem: hinc non contentus Ulpianus definitione generali uti de omnibus, etiam singularum specierum enumeratione subiecta hanc dubitationem sustulit. Ac similibus quibusdam verbis propositam hanc actionem fuisse, quibus pecunia removeretur, etiam Bartolus sensit, et Guillelmus quidam de Cun. quem Bartolus in eo sequitur. Sed verbis usi sunt non ita ad eam rem accommodatis. Ut autem prætor hoc modo proponeret actionem, quo ita pecuniam numeratam exciperet, cæteras autem res omnes complecteretur: fecit, ut ante dixi, non ulla necessitas rerum, aut actionis constitutæ, quæ eum cogeret; sed occasio, et propositum eius ex condictione certi, ut verisimile est, natum. Nam cum certi condictio proposita esset, quam constat esse de rebus tantum certis: consentaneum est, exstitisse aliquem prætorem, qui indignum ratus de incertis deesse similem condictionem, edicto et de his condictionem proponere instituerit. Quod cum facere vellet, per occasionem visum est ei amplius edicto complecti, et proponere condictionem non de incertis rebus, sed de rebus omnibus incertæ æstimationis. Ex quorum verborum interpretatione deinde nata est superior rerum distinctio, de quibus competere aut non competere hæc actio dicitur. Si hæc aperte certa non sunt (nihil enim hic præter coniecturam habemus) sunt tamen rei, de qua agitur, et Ulpiani sententiæ atque tractationi adeo consentanea, ut iis recte positis, quæ hic traduntur, videantur illa necessario præcedere debere: quoniam hæc ex illis efficiantur, nec videantur aliunde effici posse, ut constet eius tractationis ratio.

Ad §. Rem autem.

Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex caussis ex quibus potest, veluti ex caussa furtiva, vel (re) mobili vi abrepta.

Ad L. Sed et ei. 2.

Idem lib. 9. ad Sabinum.

Sed et ei, qui vi aliquem de fundo dejecit, posse fundum condici, Sabinus scribit, et ita etiam Celsus. Sed ita, si dominus sit, qui dejectus condicat. Cæterum si non sit, possessionem eum condicere, Celsus ait.

SUMMARIA.

1. *Rem nostram etiam immobilem certis ex caussis actionibus specialibus in personam, et Triticiaria peti posse, et quibus.*
2. *Possessio amissa quando condici possit.*
3. *Rem suam nemo condicere potest nisi furi, quomodo accipiendum.*

Dixit res omnes præter pecuniam numeratam, condictione Triticiaria peti posse. His verbis consequens erat etiam peti posse rem nostram. Num ergo et hæc peti potest? Et vere hoc consequens est; sed monet hoc ita esse, dum petatur hac actione, ut condictione, idest, actione in personam, qualis est hæc actio. Omnis enim condictio

ctio est actio in personam. *L. actionum*, *infr. de obl. et act.* unde quando condici, idest, actione in personam peti possit, ostendit, docetque aliter eam hac actione peti
1 non posse. † Sic autem definit: Ex quibus caussis res nostra peti potest, ex iisdem caussis et per hanc actionem peti potest. Hoc sic accipe: ex quibus caussis peti potest, non actione in rem, de qua nunc non agitur; sed actione in personam, de qua sermo est, et ea actione quæ sit alia, quam Triticiaria, quoniam nunc de ea ambigitur: ut sit sensus: Ex quibus caussis res nostra peti potest propria et speciali actione in personam: ex iisdem, et Triticiaria actione peti poterit. Recte: hæc enim condictio concurrens, ut generalis, cum aliis specialibus condictionibus ex iisdem caussis nascatur, necesse est. Quibus ergo ex caussis speciali actione in personam peti potest res nostra? Et hoc explicat: nempe duabus: In re quidem mobili, si furto sublata, aut vi erepta sit; in re autem soli, si de possessione rei vi deiecti simus. Ex priore caussa constituta est specialis actio in personam, condictio furtiva: *§. ult. Inst. de ob. quæ ex del. nas. L. si pro fure*, *§. 1. supr. de cond. fur.* nam et de re vi erepta hæc actio competit. *L. sicut*, *§. ei qui*, *supr. de cond. fur. L. 2. §. pen. et ult. infr. vi bonor. raptor.* Ex posteriore interdictum, unde vi olim; *L. 1. infr. unde vi*, nunc actio utilis in personam ad exemplum interdicti. *L. ult. C. de interd. §. ult. Instit. eod.* Ex iisdem caussis et condictione Triticiaria de
2 re nostra uti licebit. † Hoc in re immobili interesse significat inter interdictum, seu actionem, qua loco interdicti agitur, et condictionem: quod omnis qui deiectus est, interdicto, seu actione ex caussa interdicti ad rem, vel possessionem recuperandam uti potest, sive sit dominus rei possessæ, sive non sit, idem in *L. 1. in pr. et §. deiicitur*, *L. colonus*, *infr. unde vi.* At condicere rem ipsam a qua quis deiectus est, nemo potest, nisi rei dominus. Qui dominus non fuit, condictione quidem uti poterit; sed ita, ut possessionem amissam condicat, non rem quam possedit. Quippe in hoc genere rerum ablatarum ita ius est, ut condictio rei ablatæ soli ei detur, cuius res fuit, quam condicit. Indicio est in rebus mobilibus condictio furtiva, quæ non alii quam domino competit. *L. 1. supr. de cond. fur.* Cæterum quibus ex caussis dominus rem suam condiceret, ex iisdem omnibus qui dominus non est, amissam rei alienæ possessionem recte condicet: ut si nummi alieni indebiti soluti sint, condictio competit, vel ut possessio reddatur. *L. indebiti*, *§. 1. supr. de cond. ind.* Hoc discrimen est, quod præcipue notatur in *L. 2. hic.* Sed ut ex his caussis potest quis petere rem suam per hanc actionem: ita ex aliis nemo petet, inquit Ulpianus: nempe, quia extra has caussas non potest res nostra peti, nisi ut nostra: quo modo non petitur, nisi actione in rem. *L. actionum*, *infr. de obl. et act. L. in rem*, *supr. de rei vind.* actio autem in rem non est condictio, sed toto genere distat a condictione. *d. L. actionum*, *de ob. et act.* An non ergo falsum est, quod prius generaliter dixerat, res omnes hac actione peti posse? Minime: nam et res nostra omnis et semper hac actione peti potest; sed ita, dum meminerimus, ut ante sum præfatus, loqui nos de ea actione, quæ sit condictio, idest, actio in personam. Huius generis actio de re nostra non nascitur, nisi ex superioribus caussis. † Lo- 3
cus notandus de caussis, ex quibus res nostra condici potest: non ob id tantum, quod nusquam de his ex professo ita traditum legimus; sed ob hoc maxime, quod alibi idem Ulpianus scribit, proditum esse, neminem rem suam nisi furi condicere posse. *L. ult. supr. usuf. quem. ca.* Quod si generaliter accipitur, ut verba præ se ferunt: necesse est ita accipi, ut qui de fundo deiectus est, is eum fundum condicere non possit. Rei enim immobilis furtum non est, eoque nec fur, qui eam vi possidet. *§. quod autem*, *Inst. de usuc.* Hic autem docemur, etiam ei qui fundum nostrum nobis deiectis vi possidet, posse eum fundum condici. Neque ideo superius illud eiusdem auctoris contrarium putandum est; sed ex hoc loco sumendum, quomodo illud interpretemur. Agebatur in *d. ult. usuf. quem. cav.* de vasis, quorum usufructus legatus est. Ait Ulpianus *ea fructuario tradita fructuarii non fieri*, *eoque vindicari a proprietario posse.* Subiicit, *videndum esse de condictione*, *an possit locum habere.* In quo palam est quæstionem poni de rei mobilis condictione. Respondet: *et proditum est*; *neminem rem suam*, nisi furi condicere posse. Poterant hæc verba, *rem suam*, generaliter accipi; sed possunt et hoc modo, ut responsio ad quæstionem de re mobili positam referatur: sitque hic sensus, neminem nisi furi posse condicere rem suam, nempe talem, de qua quæritur, *idest*, mobilem. Nam immobiles etiam aliis quam furibus condicere possumus. Id vero ita faciendum esse hoc loco admonemur.

Ad L.

Ad L. In hac actione. 3.

Idem lib. 27. ad Edictum.

In hac actione si quæratur, res quæ petita est, cujus temporis æstimationem recipiat: verius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum. Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, sed ἐν πλάτει q. d. latius secundum Celsum erit spectandum. Non enim debet novissimum vitæ tempus æstimari, ne ad exiguum pretium æstimatio redigatur, in servo forte mortifere vulnerato. In utroque autem, si post moram deterior res facta sit, Marcellus libro vicesimo scribit, habendam æstimationem, quanto deterior res facta sit. Et ideo si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum. Quare ad tempus moræ in his erit reducenda æstimatio.

SUMMARIA.

1. *Species et summa responsi.*
2. *Triticiariam sic hoc loco intelligi, ut in omni actione sit locus huic responso.*
3. *In re tantum certa huic responso locum esse.*
4. *Re aliqua petita aut debita, quando in æstimationem ejus fiat condemnatio.*
5. *Condemnationis tempus in re æstimanda quando spectandum, et cur.*
6. *Mortis tempus quando spectandum, et cur.*
7. *Mortis tempus quomodo intelligendum.*
8. *et* 11. *Ad moræ tempus quando redigenda æstimatio: et hoc quid sit. et* n. 11.
9. *Præsentem æstimationem considerandam, quid sit in* L. fundum, D. de novat.
10. *Post moram rem certam æstimari, quanti plurimi ex illo fuit.*
12. L. ult. de cond. trit. *explicatur.*
13. *Rei certæ, et incertæ æstimatio ad alia atque alia tempora refertur.*
14. *In judiciis bonæ fidei, ubi de rei certæ vera æstimatione agatur, non tempus rei judicandæ specturi, sed tempus moræ, quo res plurimi fuit.*
15. *In strictis et tempus moræ spectari, non litis contestatæ.*
16. §. in hac, L. 3. commod. *prior pars de bonæ fidei judiciis explicatur.*
17. *Rei judicandæ tempus, quanti res sit, in bonæ fidei judiciis observatur, cum æstimatur res jurejurando in litem, non cum de vera æstimatione agitur, et differentiæ ratio.*
18. §. in hac, L. 3. commod. *posterior pars de strictis judiciis explicatur.*
19. §. in hac, L. 3. commod. *summa sententia, ex qua appareat eum locum non pugnare cum* L. 3. de cond. trit.
20. L. hominem, mand. *summa apta ad conciliationem.*
21. L. hominem, *prior pars explicata, et ut nihil adversetur* L. 3. de cond. trit. *aut* L. 3. §. in hac; commod. L. vinum, si cer. pet.
22. *Fidejussori hominem promissum non solventi non homo solutus debetur, sed ejus æstimatio.*
23. *Æstimatio in obligatione sit, an pro re debita ipsa præstetur, quid referat ad eam ex hoc aut illo tempore spectandam.*
24. *Æstimatio rei quocunque judicio in obligatione sit; debetur, et si res cujus illa æstimatio est, perierit, nec crescit quamvis res melior facta sit.*
25. L. hominem, *posterior pars exposita, et ut nihil adversetur* L. 3. de cond. trit. *ac differentiæ ratio.*
26. *Notati interpretes posterius membrum.* L. hominem, *ad totam partem priorem referentes.*
27. *Deteriorem rem dando liberatur is, cuius culpa deterior facta non est, nec post eius moram; et de locis contrariis.*
28. *Deteriorem rem dando liberatur, qui talem scienti et ultro accipienti dedit: et de locis contrariis.*
29. *Deteriorem rem dando liberatur omnimodo, qui ex stipulatu debitam, sine dolo malo suo deteriorem dedit.*
30. L. exhibitionis, C. ad exhib. *explicata, et* num. 35.
31. *Deteriorem rem dando quando liberetur, aut non liberetur debitor, definitio generalis.*
32. *Deteriorem rem dando qui non liberatur in bonæ fidei iudiciis, ipso iure non liberatur: idem in actione ex testamento.*
33. *In strictis judiciis re deteriore data, tollitur vetus actio, de dolo datur, et cur aliter atque in bonæ fidei iudiciis.*
34. *Deterior res et eadem esse quæ prius, et alia diversis rationibus dici potest.*
35. *In ad exhibendum actione re deteriore dolo aut culpa exhibita, tollitur actio ad exhibendum directa; datur in factum, idest, utilis ad exhibendum, unde hæc actio, et cur hic potius, quam in actione stricti iuris.*
36. *In factum actio, et utilis, quid.*
37. *Quam ad rem teneatur, qui deteriore re reddita non liberatur.*

STI-

1 STICHUS mihi promissus, aut legatus erat, aut ex aliqua alia iusta caussa mihi debebatur. Cum propria actione, quæ ex his caussis nascitur, eum petere possem, malui generali conditione experiri, non certi, sed Triticiaria, quæ et cum condictione certi, et cum illis specialibus iure tribuitur. Itaque ex iisdem caussis petens Triticiariam intendi. Cum res eo processisset, ut reus damnari deberet, æquitas autem rei ita ferret, ut damnandus esset non in corpus ipsum, sed in rei æstimationem, quod sæpe accidit: ideo de æstimatione quæsitum est: non quanta sit: quod non iure, sed hominum peritorum æstimatione constituitur; sed ex quo tempore sit spectanda: itidem ut in vino et aliis mercibus quæritur in *L. ult. seq. et L. vinum, supr. si cert. pet.* De quo inter omnes non convenit: ac quod tempus potissimum sequamur, permultum interest, cum non omnibus temporibus eadem esse soleat æstimatio. Respondet Ulpianus ad hanc distinctionem: referre, utrum species quæ petita est, deterior facta non sit post moram, sed dum stetit, eodem statu, eademque æstimatione manserit; an vero contra facta sit deterior. Si deterior non fuit. Si quidem adhuc exstat tempore rei iudicandæ, id tempus spectandum, et ut loquitur, spectandum tempus condemnationis. Si ante mortua est, spectandum tempus mortis. Quod si post moram res deterior facta sit: tum sive tempore condemnationis exstet, sive ante decesserit, redigendam æstimationem ad id tempus, quo primum deterior esse cœpit, ut id sumatur quo fuit plurimi. Cuius distinctionis summa huc redit: ut semper species petita, si æstimanda est, tanti æstimanda sit, quanti plurimi fuit post moram. Nam et tempore condemnationis, et tempore mortis plurimi eam fuisse necesse est, si ante deterior non fuit. Nunc partes singulas responsi diligentius expendemus.

2 † AIT, IN HAC ACTIONE: nempe condictione Triticiaria, de qua hoc titulo agitur, et de qua Ulpianus disserebat. *Lib. 27. ad edictum*, ut indicat inscriptio *L. 1. hic*, ex quo libro est et hoc responsum. An ergo hic aliquid proprium huius actionis? Nihil; ut proinde non sit laborandum, quam hic actionem intelligamus, utrum ex testamento, an ex stipulatu, an Triticiariam: ac ne illud quidem, utrum actio sit stricti iuris, ut superiores, an bonæ fidei, ut commodati, aut depositi. In omnibus eadem definitio tenenda est, in specie petita eadem tempora spectari, quæ hoc loco, et iisdem conditionibus, cum de æstimatione rei quæritur: quia in omnibus eadem æquitas est, quæ facit, ne cui frustratio sua sit impunita. *L. hominem, infr. mand. L. in condemnatione: §. unicuique, infr. de reg. iur.* Quod ergo dixit, in hac actione, aut exempli caussa dixit, ut in omnibus aliis in eadem caussa idem intelligeremus: aut dixit, ut significaret etiam in hac actione, cum posset dubitari, an quod in specialibus actionibus iuris est de æstimatione rei petitæ, idem esset et in hac generali.

AIT, SI QUÆRATUR, RES QUÆ PETITA EST.)
† Generaliter hoc de re omni quæsitum 3
est, non magis ut pertineat ad rem certam, quam ad eas, quæ pondere, aut mensura constant, quæve alioqui in genere debentur. Sed responsum declarat, Ulpianum verbo de rebus omnibus quæsisse; re autem de specie et re certa petita sensisse. Certe utcunque accipiatur quæstio: ipsum responsum ad speciem et rem certam totum relatum est, nec potest alii convenire. Loquitur enim de re quæ in rebus humanis esse desiit: quæ mortua est: quæ facta est deterior. Quæ in rem certam cadunt omnia; in incertam, idest, in genus non cadunt. Id enim neque perire potest, neque deterius fieri. *L. in ratione, §. incertæ, infr. ad leg. Fal.* Hoc eo monemus, ne mirum sit, Ulpianum hoc loco dicere alia tempora esse spectanda, quam quæ in vino petito æstimando, et similibus mercibus, quæ in genere debentur spectanda esse dicuntur in *L. ult. infr. et L. vinum, supr. si cert. pet.* Respondetur enim hic de re certa; in illis locis de genere agitur. Aliam æstimationem species debita, aliam genus postulat, ut in singulis partibus responsi intelligetur, et iam ante docuimus ad *d. L. vinum, supr. si cert. pet.*

AIT, SI QUÆRATUR, RES QUÆ PETITA EST, CUJUS TEMPORIS ÆSTIMATIONEM RECIPIAT.) † Non 4
recte vero hoc quæritur, dicat quispiam. Cum enim res petita sit, ut proponitur: in rem ipsam condemnationem fieri oportuit, non in rei æstimationem. *L. ult. C. de fid. lib. L. ut fundus, supr. com. di.* Stulte autem quæritur, cuius temporis æstimatio spectanda sit, si æstimatio omnino præstanda non est. Respondeo idem, quod in *L. vinum, supr. si cert. pet.* semper in rem petitam condemnationem fieri oportere, nisi necesse sit fieri in æstimationem, ut creditor suum consequatur. Quod in specie petita tribus de caussis accidit: vel quia de-

bi-

bitor rem quamvis exstantem in potestate non habeat: *L. si domus*, 71. §. *qui confitetur*, *infr. de legat.* 1. vel quia res ipsa non exstet: *L. in re*, *supr. de cond. fur.* Vel quia exstet quidem et apud eum, sed deterior facta post moram. *d. L. in re* §. 1. *supr. de cond. fur.* Et ad hos casus responsum Ulpiani accommodatum est, ac de singulis isto ipso ordine respondet.

5 Ait igitur, verius est, quod Servius ait, condemnationem tempus spectandum. † Hoc etsi simpliciter nunc dicit Ulpianus: tamen sequentibus sic vult intelligi, si res petita eo tempore exstabit, nec ante deterior facta erit. Subiicit enim per adversativam: *si desierit esse in rebus humanis*, *mortis tempus spectandum*: et in utroque, si post moram deterior facta sit, ad tempus moræ redigendam æstimationem: ut intelligamus non aliter spectandum tempus condemnationis, quod nunc dicit, quam si hæc duo posteriora contra evenerint. Aliter interpretantibus non solum sententia per se falsa erit, sed etiam cum aliis partibus responsi aperte pugnabit. Sed videamus, ne dum hanc partem cum sequentibus conciliare volumus, in aliam reprehensionem ex aliis locis incidat, dum re exstante nec deteriore facta tempore condemnationis: eius temporis æstimationem spectandam dicimus. Quid enim, re ita constituta, an non condemnatio in rem petitam esse debet, non in rei æstimationem? ex *L. ult. C. de fid. lib. et L. ut fundus*, *supr. com. divid.* Non semper. Fieri enim potest, ut res quamvis in rebus humanis integra, tamen a debitore præstari non possit, aut non debeat. Finge debitorem rem promissam, cuius dominus erat, alienasse, quam nunc novus dominus non vendat. Frustra damnetur debitor in rem ipsam, cuius præstatio non sit in eius potestate. arg. *L. in re*, *in pr. supr. de cond. fur.* Finge etiam rem alienam ita legatam, ut heres eam redimat, et præstet: tamen si dominus non solum non vendat, sed etiam immodico vendat: placet heredem audiendum, si iustam æstimationem officio iudicis præstet. *L. si domus*, 71. §. *qui confitetur*, *infr. de legat.* 1. *L. non dubium*, 14. *ult. infr. de legat.* 3. Quibus casibus, et similibus locus fiet sententiæ huius loci, ut si quæratur in hac caussa, cuius temporis æstimatio spectetur, recte respondeatur, condemnationis tempus esse spectandum. Sed cur hoc potius, quam præcedentia? quia ut maxime debitor in re præstanda prius moram fecerit: tamen si res ante condemnationem deterior non fuit, necesse est tum fuerit plurimi, et maxime si eo tempore fuerit melior, quam præcedentibus temporibus: ut non necesse sit alia tempora requirere, cum præsens res tantidem fuerit. Quod si res perpetuo aliena fuit, puta aliena legata, quam heres redimere non potuit: hic propria ratione in re æstimanda præsens tempus condemnationis spectandum erit, non præcedentia: quia qualiscunque prius fuerit rei æstimatio, præcedentium temporum periculum ad hæredem non pertinet: ut qui in re præstanda, quam in potestate non habuit, moram non fecerit. *L. quod te*, *supr. si cer. pet. L. si ex legati infr. de ver. ob.* Sed videtur hic dici debuisse, quod aliis multis locis de actionibus stricti iuris traditur, spectandum esse tempus litis contestatæ: nam et hæc actio stricti iudicii est. Et cum hæc obiectio non magis hanc partem petat, quam reliquas duas quæ sequuntur: de eo in extremo commodius dicemus, ut una opera semel dicatur, quod ad omnes distinctionis propositæ partes pertineat.

Ait, si vero in rebus humanis esse desierit, mortis tempus.) † Hoc dicit, si res 6
perierit, tanti eam æstimandam, quanti fuerit tempore mortis: nempe ut reus eam æstimationem præstet, in eamque a iudice condemnetur. At cur eo interitu non dicit potius reum liberari: cum ita ius sit, ut interitu eius quod debetur: liberetur debitor, si prius moram non fecerit? *L. si ex legati*, *L. si servum*, §. *sequitur*, *infr. de verb. obl.* Quia toto hoc responso agitur de eo reo, qui moram fecit: quæstio enim posita est de re hac actione, idest, iudicio petita. Is moram facit, qui interpellatus opportuno loco et tempore, rem non præstat, et præsertim si etiam iudicio secum agi passus est. *L. mora*, *infr. de usur. L. nemo rem.* §. 1. *infr. de verb. obl.* Non obstat, quod in extremo ita scribit: *in utroque autem si post moram deterior res facta sit.* Etsi enim his verbis aperte distinguitur ea pars ab hoc membro, et superiore: non tamen distinctio in eo est, quod in his duobus prioribus membris mora a debitore facta non sit, in postremo autem facta sit; sed quod hactenus de ea re agatur, quæ ad tempus condemnationis deterior facta non sit post moram, ad extremum autem de ea, quæ post moram facta sit deterior. Ergo et quod hic simpliciter dicitur, *si res desierit esse in rebus humanis*, *spectandum tempus mortis*, ex sequentibus illis verbis cum hac conditione accipiendum

est:

est: si ante mortem res deterior non fuerit. Hac vero conditione recte statuitur tempus mortis spectari debere. Nam insequentia tempora ideo spectanda non sunt ad rem æstimandam, quia nec possunt. Res enim illis temporibus nulla est, ut quæ ante esse desierit. Eius autem rei quæ non est, nulla potest esse æstimatio. Præcedentia ideo non spectamus, quia si per ea tempora res non fuit deterior, necesse est eam fuisse plurimi tempore mortis. Id autem volumus præstari, quanti plurimi
7 res fuit post moram. † Sed vult tempus mortis secundum Celsum spectandnm esse, ut loquitur, ἐν πλάτει: idest, ut interpretatur, non ita, ut novissimum vitæ tempus æstimetur, quod valet, ut extremum illud momentum, quo res moritur, spectemus; sed ut mortem accipiamus cum aliquo spatio, et ut verbum significat, *latius*: nempe ut mortis tempus interpretemur illud tempus, ex quo res aut in morbum letalem incidit, aut mortifere vulnerata est. Et rationem reddit: ne ad exiguum pretium æstimatio redigatur. Hoc sentit: si mortem strictius interpretamur momentum illud, quo servus, exempli gratia, debitus exspiravit, ut ex eo res æstimetur, fit actori summa iniuria. Sic enim nec rem consequitur, quæ esse desiit; nec æstimationem, cum mortifere vulnerati exiguum sit, aut potius nullum pretium. Porro iniuria fieri non debet; nec mora debitoris adversario, sed ipsi nocere. *L. in condemnatione*, §. *unicuique. L. factum*, *infr. de reg. iur.* Restat igitur, ut in hoc tempore mortis id momentum spectemus, quo res postremum plurimi fuit. Id autem est, quo servus aut incidit in morbum, aut vulnus accepit, unde postea sublatus est.

Ait, in utroque autem.) Bene hoc, *in utroque*, sic Hugolinus in glossa accepit, sive res exstabit, sive in rebus humanis esse desierit, hos enim casus prius attingerat: quorum in priore tempus condemnationis, in altero tempus mortis spectandum esse dixerat. *In utroque autem*, inquit, *si res post moram deterior facta sit*, aliud tempus spectabimus, quam superiora, nimirum id *ex quo res deterior facta est*. Quod cum per adversativam subiicit, declarat, ut ante dixi, quæ de tempore condemnationis et mortis spectando prius dixerat, ea se sic interpretari, et ita accipi velle: si ante condemnationem aut mortem res deterior facta non erit. Est igitur hic sensus: quod diximus in re ex certo tempore æstimanda tempus condemnationis spectandum, ubi res adhuc exstat; cur autem in rebus humanis esse desiit, spectandum tempus mortis, utrumque sic accipiendum est: si ante condemnationem aut mortem res deterior facta non sit post moram. Quod si ante fuit deterior post moram: in utroque contra eveniet, ut habenda sit æstimatio, quanto deterior res facta est: idest, spectandum, quanti fuerit, antequam deterior facta est, ut id præstetur: et ideo quanti unquam plurimi fuerit, spectandum. Tanti autem rem æstimandam, quanti fuit prius quam deterior facta est, argumento esse vult, quod subiicit. *Et ideo*, inquit *si quis post moram servum eluscatum dederit.*, *non liberatur*. Hæc sententia in confesso erat, non liberari eum, qui rem debitam deteriorem factam post moram præstat, ideo probatione non indiget; sed ad alia probanda recte adhibetur, de qua postea separatim exstat in his locis *L.* 3. §. 1. *infr. commod. L. huiusmodi.* 84. §. *ædes. infr. de legat.* 1. *L. Mævius.* 66. §. *in fundo*, *infr. de legat.* 2. *L. qui sibi*, 33. §. 1. *de sol. L. in re*, §. 1. *sup. de cond. fur.* Ex ea autem sententia sic recte colligitur. Debitor servum deteriorem post moram factum dando non liberatur. Ergo aut non deteriorem præstare debet; aut si id non potest, ad liberationem hoc superest, ut præstet non deterioris æstimationem. Pro re enim quæ debetur, præstanda est æstimatio, ubi corpus ipsum non exstat, quod præstari possit. *L. in re*, *in pr. supr. de cond. fur.* Prius autem præstari non potest, re deteriore facta: proinde præstandum, eoque et æstimandum posterius. † Atque 8
hinc generaliter ita definit: *quare in his ad tempus moræ erit reducenda æstimatio.* In his, idest, in utroque casu superiore, ut prius locutus erat, cum scilicet aut res exstat tempore rei iudicatæ, aut ante mortua est; sed ante condemnationem, aut ante mortem facta est deterior. In his, inquam, æstimatio rei ad tempus moræ reducetur: idest, non iam spectabimus condemnationis, aut mortis tempus, ut supra cum res deterior facta non est; sed id tempus totum quo mora facta est: scilicet ut quanti ex eo tempore res plurimi fuit, tanti æstimetur, cum de æstimatione rei quæretur. Recte hæc, si contigerunt post moram, seu culpam debitoris. Nam si sine culpa eius res promissa deterior aut melior facta sit, et ita ventum erit ad rem iudicandam, *præsens æstimatio re petita considerabitur*, inquit Papinianus in *L. fundum*, *infr. de* no-

9 *novat.* † Præsens, idest, ea quæ est tempore condemnationis, non ut vulgo interpretantur, litis contestatæ. Ea enim præsens æstimatio recte dicitur, quæ est tunc, cum de re æstimanda tractatur. Id autem tempus est condemnationis seu rei iudicandæ. Et merito: cum sine culpa ad rem iudicandam ventum est, eius temporis æstimatio spectatur, non litis contestatæ, etiam si post litem contestatam res deterior, aut melior facta sit: quia si melior est, talis debetur, ut aut talis præstanda sit, aut præstanda eius æstimatio; si est deterior, non debet æstimari, quanti prius fuit, quia quod sine culpa debitoris contigit, id ipse non præstat, sed detrimentum est creditoris. *L. quæ fortuitis*, *C. de pig. act. L. contractus*, *in fin. infr. de reg. iur. L. quod te*, *supr. si cer. pet.* Quod si proponamus culpam non fuisse in promissore usque ad litem contestatam, postea autem moram ab eo factam esse, et per id tempus rem deteriorem aut meliorem factam: redibimus omnino ad distinctionem huius loci: neque rei natura aut sententia Papiniani aliud pati potest, ut in re quidem meliore facta spectemus tempus condemnationis, quia tunc fuit plurimi; in deteriore autem non aliud spectetur, quam quo deterior facta est, quia et tunc fuit plurimi.
10 † Spectabimus igitur, quanti plurimi res fuit post moram, sive res exstabit, sive non exstabit; postquam id æstimatur, quanto postea res deterior facta est. Neque hæc sententia nova est, aut huius tantum loci, sed vetus, et ab eodem Ulpiano expressa in *L. re*, §. 1. *supr. de* cond. fur. *Si ex caussa furtiva*, inquit, *res condicatur*, *cuius temporis æstimatio fiat*, *quæritur. Placet tamen id tempus spectandum*, *quo res unquam plurimi fuit.* Hoc ille. An quod adversus furem agitur? sane quia adversus furem: non tamen quia fur est, sed quia moram facit. Subiicit enim: *semper enim moram fur facere videtur.* Ac regula veterum de culpa sic concepta est: ut totam superiorem sententiam et de re perempta, et de deteriore facta æstimanda complecteretur. Constitutio veterum hæc est, culpam (cuius species est mora) perpetuare obligationem. *L. si servum*, §. *sequitur*, *infr. de verb. oblig.* Id valet: qualis quæque obligatio aliquando fuerit, mora a debitore facta, talem et deinceps perpetuo futuram: scilicet, ut si quando res debita post moram fuit optimo statu, talis et postea, quandocunque agetur; præstari debeat. Itaque etsi melior facta sit postea, deinde perierit, aut deterior facta sit: detrimentum erit debitoris: ut quoniam iam amplius rem præstare talem non potest, qualis ante fuit, præstet æstimationem eius temporis. De re perempta sunt noti loci. *L. quod te*, *supr. si cer. pet. L. si ex legati*, *L. nemo*, §. 1. *infr. de ver. ob.* De re etiam deteriore facta est hic locus: quem ita accipiemus, ut idem iuris sit, quamvis res primo melior facta, sit, deinde deterior. *L. pen. infr. rer. am.* Cui sententiæ locum esse et in strictis iudiciis etiam ex hoc loco discemus. Est enim condictio Triticiaria actio stricti iuris, ut initio diximus. Quod ne quis in hac actione propter locos in speciem repugnantes admittere refugiat: consideret eandem sententiam, quæ hoc loco, exprimi illa regula veterum, culpa perpetuat obligationem. Quam tamen regulam in stipulatione, id est, in caussa maxime stricti iudicii potissimum usurpari, et a Paulo explicari constat in *d. L. si servum*, §. *sequitur*, *infr. de ver. ob.*

Atque hæc huius loci sententia est: quæ an habeat aliquid prioribus repugnans, aut aliis locis contrarium, videamus. Utrumque enim videri solet, ac posterius ita, ut nihil magis, quæ res hoc responsum valde perplexum et pene inexplicabile reddidit. Ac de prioribus membris, puto intelligi ex iis, quæ ante diximus, nihil hic statui prioribus repugnans, aut in illis etiam mutari. Hic ait, spectandum tempus, quo res post moram deterior facta est; prius autem dixerat spectandum tempus condemnationis, aut mortis, et quidem mora iam facta: Recte omnia: quia dicuntur dissimilibus in caussis, quarum ratio hanc distinctionem exigit. Priora enim intelligi vult hac conditione, si ante condemnationem aut mortem deterior res facta non est post moram. Posterius hoc casu se dicere exprimit, cum res post moram deterior facta est. Et constat huic distinctioni sua ratio. Neque enim alia tempora, quam condemnationis et mortis spectare licet post moram, ubi actoris nihil interest priora spectari: nec vero quidquam interest, ubi per omnia tempora res mansit integra. Illic solum interest, ubi ante res facta est deterior: quia nisi creditor consequatur, quanti tunc res fuit, non consequatur rem qualis aliquando fuit post moram: qualem tamen illi præstari æquum est, et ius exigit, quia mora perpetuam fecit priorem obligationem. † At saltem videbitur 11
repugnare prioribus, quod dicitur in extremo, ad tempus moræ reducendam esse æstimationem. Id enim significari videtur, ad quodvis tempus moræ esse reducendam: cum ta-

tamen prius dixerit reducendam esse ad tempus condemnationis, aut mortis, non ad præcedentia, quamvis non minus et his temporibus mora facta sit. Et contraria hæc essent, si his verbis, *ad tempus moræ reducenda erit æstimatio*, hoc diceretur, reducendam esse æstimationem ad quodvis tempus moræ. Pugnant enim quodvis spectari posse, et unum dumtaxat certum spectandum esse. Sed quod hic dicitur ad tempus moræ reducendam æstimationem, etiam ad certum tempus moræ referendum est, et ex prioribus omnino sic intelligendum: ad tempus moræ reducendam æstimationem non simpliciter, sed ut spectetur illud certum, quo unquam plurimi per id tempus res fuit: seu quod idem valet, ut spectetur, quanti res fuerit tunc, cum primum deterior facta est. Prius enim dixerat, *post moram habendam esse æstimationem, quanto deterior res facta sit.* Male hinc colligit, ad tempus moræ in his reducendam æstimationem: nisi ad ea quæ præcesserant conclusio refertur, et intra terminos eorum quæ sumpta sunt, includitur. Et sane absurdum esset dici, ad tempus moræ redigendam esse æstimationem, ut quævis tempora spectanda esse aut spectari posse intelligeremus, cum possit post moram res deterior fieri: unde et illud evenire necesse sit, ut res aliis temporibus pluris sit, aliis minoris. Quæ plane omnia simul sumi non posse certum est. Sic fit, ut quemadmodum prius certa tempora moræ spectanda esse Ulpianus dixit: sic consentanee et in hac parte dicat, certum spectandum. Diversa quidem illa pro facti circumstantiis: omnia tamen ad unam regulam æquitatis congruentia, ne mora debitoris creditori noceat, iuxta regulam iuris. *L. in condemnatione*, *§. unicuique*, *infr. de reg. iur.* cui convenit, ut quanticunque res post moram fuit, tantum creditori præstari debeat. Ex quo et superiora tempora spectanda dicimus. Nam si ante condemnationem aut mortem nunquam res deterior facta est: fuit illis temporibus plurimi. Si deterior facta est: tum fuit plurimi, cum cœpit fieri deterior. Fuit quidem tantidem et præcedentibus temporibus, quibus fuit integra. Sed ideo novissima ista potius notantur, quia, ut iam dixi, supervacuum est alia tempora remota quærere, et in eo laborare: cum ex præsentibus, aut certe novissimis et proximis et magis notis res æstimari ac decidi nullo negotio potuerit. Bene ergo hoc membrum cohæret cum prioribus, omniaque ut sua ratione defenduntur: ita et suam vim singula obtinent, nusquam posteriora a prioribus, aut priora a posterioribus immutata. Ex quo illa distinctio totius responsi, quam initio posuimus.

Sed non item convenit huic loco cum aliis. Quinimo sententiæ et toti distinctioni superiori sententia plane contraria aliis locis compluribus statui videtur. Quæcunque enim tempora hic spectari placet, hoc efficitur in summa, tempus litis contestatæ non esse spectandum: quia placeat spectari tempus condemnationis, aut mortis, aut quo res ante deterior facta est, sive id ante litem contestatam contigerit, sive postea. At contra alibi traditum est, in eamque sententiam non unus aliquis locus, quem huic opponamus, sed complures, et hi ut videtur, diserte scripti consentiunt: si quæratur, res petita cuius temporis æstimationem recipiat, spectandum tempus litis contestatæ in strictis iudiciis. Hi autem loci præcipue sunt quatuor. *L. vinum*, *supr. si cer. pet. L. ult. infr. hoc tit. L.* 3. *§. in hac*, *infr. commod. L. hominum*, *infr. mand.* Quorum in prioribus duobus respondetur hoc aperte in vino, oleo, frumento, et similibus mercibus vel condictione certi ex caussa mutui, vel condictione Triticiaria petitis. In posterioribus duobus accedit hoc etiam ad certitudinem superioris sententiæ, quod sine distinctione rei petitæ generaliter definitur in strictis iudiciis, ut stipulatione, tempus litis contestatæ, seu quo agitur, spectari. Non ergo plura tempora pro circumstantiis facti spectanda, ut supra, sed unum: neque unum aliquod ex superioribus, sed litis contestatæ. Quo tempore constituto, simul et alia tolluntur: cum fieri non possit, ut si diversorum temporum diversa ratio est, qui unus temporis æstimationem sequetur, is sequatur æstimationem alterius. Ad quæ concilianda si quid certi attulerimus, operæ pretium facimus. Est enim res per se cognitu necessaria: scopulus autem non dissimilis illi alteri: *L. vinum*, *si cer. pet.* ad quem pervadere cupientes plerique omnes iudicio multorum et meo navem fregerunt. Ego id afferam, quod verum esse, reique ac locis maxime convenire mihi persuasi, nec dubitem ut tale omnibus intelligentibus et æquis iudicibus probari posse. Quod ut possit intelligi, præcidatur initio, quid hic, et qua de re dicatur. Meminerimus igitur, quod supra monui, dici quidem hoc loco, tempus moræ esse spectandum, non litis contestatæ, sed dici de re certa petita, quæ et mori, et vulnerari, et deterior fieri

ri possit; neque id solum, sed dici tum tempus id moræ esse spectandum, cum quæritur cuius temporis æstimationem res recipiat: quo scilicet ex eo tempore æstimetur; quanto res deterior facta sit. In hoc genere rerum petitarum, atque hac quæstione de re æstimanda, dicimus tam recte statui ad tempus moræ, non litis contestatæ redigendam esse æstimationem, ut nihil sit neque verius, neque magis perpetuum. Et quoniam de aliis locis quæritur, aio non mutari hanc sententiam locis superioribus, quantumvis in speciem pugnantibus: quia in aliis dicitur quidem ex tempore litis contestatæ rem petitam æstimandam, sed hoc rebus incertis, et quæ in genere debentur, petitis; in aliis autem, etsi dicitur, in re certa debita spectari tempus litis contestatæ, non tamen dicitur ad hoc spectari, ut res ex eo tempore æstimetur, ut hoc loco; sed ut sciatur tantum, an de re agi possit. Quorum neutrum pugnat cum sententia superiore, quam huius loci esse convenit. Id iam ita esse ostendamus. Et ex illis prioribus quatuor obiectis locis, duo sunt, in quibus de re incerta, et in genere debita æstimanda agitur, et in ea statuitur rei æstimandæ tempus litis contestatæ, nempe *L. vinum, supr. si cer. pet. et L. ult. seq. hoc tit.* De *L. vinum*, non dubitatur: quandoquidem in ea nominatim quæritur de vino petito, quod mutuum datum erat, in quo genus peti, non speciem
12 constat. *L. 2. in pr. supr. si cert. pet.* † Sed nec magis de *L. ult. infr.* licet dubitare. Illic enim primo quidem de merce petita ponitur generaliter quæstio; sed quam mercem Caius intelligat, explicat postea exemplis: *si merx aliqua*, inquit, *petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum.* De vino igitur, oleo, frumento, similiter illic agitur: quæ res itidem mensura constant, eoque et hac ipsa quantitate in genere, non specie certa æstimantur. *L. 2 §. 1 supr. si cert. pet.* Nec obstat, quod in extremo ita scribit: Quod et de cæteris rebus iuris est. Hoc enim sic intelligendum est: de cæteris similibus, quæ scilicet pondere, aut etiam similiter mensura constant, quæ incertæ in genere, certa tamen mensura aut pondere debentur. Ac de eadem quæstione illic agi, quæ tractatur in *L. vinum supr. si cert. pet.* responsi similitudo aperte declarat. Est enim utrobique eadem per omnia distinctio iuris de proposita quæstione, et iisdem aut certe eiusdem scholæ auctoribus tribuitur, Sabino nimirum et Cassio: ut si in uno responso agatur de re cuius quantitas in genere, non certum corpus debetur et petitum est, intelligendum sit et de iisdem rebus agi in altero. Quam rerum conditionem cum et iuris ratio postulet; quod utrobique de æstimatione ex tempore litis contestatæ spectanda respondetur, ut satis ostendimus ad *L. vinum*, minus iam possumus dubitare, quin et de iisdem rebus utrobique agatur. † De 13
his ergo locis sit hoc responsum, quod in *d. L. vinum*, respondimus: in vino, et cæteris rebus, quæ pondere mensurave constant, ut oleo, frumento, liquoribus omnis generis, leguminibus item, et similibus, et generaliter in his quæ incertæ, et in genere, non certæ et certa specie debentur: in his, inquam, rebus omnibus, cum quæritur, cuius temporis æstimatio facienda sit, recte statui, si dictum non sit, quo die dari deberent, rem petitam tanti æstimandam quanti fuit, cum agitur, seu lis contestatur: eoque et in hac æstimatione tempus litis contestatæ spectandum. At de re certa petita, ut Sticho, hic agitur, ut supra ostendi, et res ipsa loquitur. Non eadem vero caussa est rei certæ petitæ, si quæratur, quo ex tempore res æstimanda sit. Sed de ea statuendum id, quod recte hoc loco, tanti rem æstimandam, quanti unquam plurimi fuit post moram: proinde et tempus condemnationis re exstante, aut mortis, re perempta: si quidem ante deterior res facta non fuit. Sin deterior post moram facta est, hoc ipsum moræ tempus spectandum et æstimandum, quanto res deterior facta sit. Cuius differentiæ rationem dilucide exposui ad *L. vinum*, ut locus exigebat in ea parte, cum de tempore moræ, quod illi loco obiiciebatur, respondi. Quod cum pariter ad utrumque locum pertineat, illinc sumi potest, quod ad hunc transferatur. Hoc manebit, cum illis locis duobus de re incerta, hoc loco de certa petita respondeatur: diversas quidem esse sententias horum locorum, at minime contrarias: quæ tum dissimili ex caussa et ratione nascantur, quin etiam et iuris ratione optime inter se consentientes videri: cum utraque huc spectet, ne mora debitoris creditori noceat, sic tamen, ne amplius ei præstetur, quam ei debitum fuit. Quare hac differentia animadversa, minus difficilis est horum locorum explicatio. Difficilior aliorum duorum: in quibus de eadem re, de qua hoc loco, quæstio proponitur, idest, de re et specie certa. Nam in *L. 3. §. in hac, infr. commod.* agitur de actione commoda-

dati, et re commodata. Non commodatur genus, sed certum corpus: quoniam aliud, quam certum, utendum et tractandum dari non potest: est autem commodare, utendum dare. *L.* 1. *infr. com.* In illo autem altero, idest, in *L. hominem*, *infr. mand.* nominatim quæstio est de homine certo promisso, quem fideiussor pro debitore solvit: et tamen in utroque dicitur spectari tempus litis contestatæ in strictis iudiciis. De quibus respondebo sigillatim, quia semel et una ratione de utroque non potest. Ac primum de *L.*3. §. *in hac*, *com.* Et quoniam non solum ex verbis omnis difficultas nascitur, sed etiam est in his ipsis, quod recte sumatur ad conciliationem: ipsa verba initio proponam, ad quæ deinde omnis responsio conferatur. Sic autem verba sunt: *In hac actione* (commodati) *sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur, et rei iudicandæ tempus, quanti res sit observatur: quamvis in strictis litis contestatæ tempus spectetur.* Et quod iam ante attigi ad *L. vinum*, in excutiendo tempore rei iudicatæ, fortasse statim quis existimet, in his verbis conciliationem abunde suppeditari, ut dicamus, in strictis quidem iudiciis litis contestatæ tempus spectari; at hoc ex eodem illo loco non obesse aliis iudiciis, quæ stricta non sunt: cum ibidem ita traditum sit, in aliis, puta in bonæ fidei iudiciis, hoc idem non servari, sed spectari tempus rei iudicandæ, idest, condemnationis. Quod cum hoc loco congruere videtur: si quidem hoc prius constituerimus in eo non agi de actione stricti iuris. Quod et ipsum plerique iam olim arripuerunt ad conciliationem. Quorum alii ideo ex contractu bonæ fidei hic agi interpretati sunt, etsi ageretur Triticiaria, quæ est generalis, ut Accursius hic refert in glossa magna. Alii agnoscentes, hæc verba, IN HAC ACTIONE, non posse intelligi nisi de actione Triticiaria, de qua sub hoc titulo agitur, ut agebat Ulpianus *Lib.* 27. *ad edictum*, unde hoc responsum sumptum est, nec posse intelligi de ea nisi generaliter, sive ex hac, sive ex illa caussa agatur, quia nihil hic distinguitur: fatentur et hoc ipsum, et amplius Triticiariam bonæ fidei non esse concedunt, ut quæ non numeretur inter actiones bonæ fidei in §. *actiones autem*, *Inst. de act.* Sed cum hoc dederint, illud retinent, ut dicant esse arbitrariam. In quam sententiam difficultate huius loci delati sunt. Nempe enim huc spectarunt, ut cum in hac actione dicitur spectandum tempus condemnationis aut moræ, quo res deterior facta sit, non litis contestatæ. efficiatur non esse huic sententiæ contrarium, quod alibi traditur, *in strictis iudiciis litis contestatæ tempus esse spectandum*: quia scilicet in aliis illis locis distinguuntur nominatim actiones bonæ fidei ab actionibus stricti iuris: Triticiaria autem etsi non est bonæ fidei; similis tamen sit: est enim, inquiunt, arbitraria: in quo genere non minus res æstimatur ex æquo et bono arbitrio iudicis. §. *præterea*, *Inst. de act.* Etsi initio satis ostendisse videor, hanc actionem non magis esse arbitrariam, quam condictionem certi, quarum utraque generalis est, et ex iisdem caussis competit: tamen non moverem de eo controversiam, si hoc concesso Triticiariam esse arbitrariam, res expediretur. At non modo id non consequimur ista ratione, ex qua in eandem repugnantiam incidimus; sed quod præcipuum in ea solutione incommodum est, superiorem distinctionem in vera rei certæ æstimatione statuenda, duas sententias maxime falsas et iniquas inducimus: quas prius quam reciperemus, tolerabilius fuerat, fateri hos locos esse contrarios. Primum hac ratione non conciliantur hi loci. Non enim tantum hic dicitur *spectandum esse tempus condemnationis*, quod poterat convenire cum eo, quod dicitur in *d. L.* 3. §. in hac, *in bonæ fidei iudiciis spectandum tempus rei iudicandæ* (utrumque enim tempus idem est, quo condemnatur reus, et quo res iudicatur: rei iudicandæ, et quo condemnatio facienda est. *L.* 1. *infr. de re iud.*) sed adiicitur hoc ita esse, *si res antea deterior facta non sit*: Quod si facta sit deterior post moram: tum ad tempus moræ reducendam æstimationem, ut spectetur quanti unquam post moram res fuit. Hoc vero nihil aliud est, quam tum in hac actione non esse spectandum tempus rei iudicandæ, contra quam fieri volumus in actionibus bonæ fidei, et arbitrariis. Sed contemni hoc potest, prout est falsitas utriusque illius superioris sententiæ: siquidem in re certa petita sine iureiurando in litem æstimanda (nam de eo hic agitur) dicimus, in bonæ fidei iudiciis spectandum rei iudicandæ tempus; in strictis autem litis contestatæ. Quod intelligi quoniam non magis ad verum ius statuendum, quam ad definitionem huius loci explicandam pertinet, nec minus ad solutionem contrarii loci necesse est: de eo hic dicam diligentius. Aio, quodcunque iudicium sit, sive bonæ fidei, sive stricti iuris

iuris: neque illic tempus rei iudicandæ spectandum, neque hic *litis contestatæ*, si quæratur, species *petita* cuius temporis æstimationem, *quanti vere est*, recipiat; sed tenendam in omnibus huius loci regulam, ut si res deterior facta sit post moram, ad id tempus moræ referatur æstimatio: æstimeturque quanto res deterior facta est; idest, in summa, quanti unquam plurimi
14 res fuit, ex quo mora cœpta est. † Primum doceo id ita servari in bonæ fidei iudiciis, eoque falsum esse in his spectari tempus rei iudicatæ potius, quam in aliis. Finge rem commodatam deteriorem reddi aut culpa commodatarii, aut post eius moram. Non minus hoc æstimandum est in actione commodati, quam hic æstimari debere traditur. Hoc ipsum de re commodata scribit idem Ulpianus in *ead. L.* 3. §. 1. quem sequitur §. *in hac.* Et cur non spectetur in bonæ fidei iudicio, quanti plurimi res post moram fuit? Æquum est unicuique moram suam nocere. *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *infr. de reg. iur.* Ubi autem præstantur ea, quæ præstari æquum est, si in bonæ fidei iudicio non præstantur? §. *in bonæ*, *Inst. de act.* Spectaretur hoc etiam propter moram in stricti iuris actione, ut mox dicetur, quia qualiscunque obligatio fuerit post moram; hanc mora deinceps perpetuam facit. Quanto magis in actione bonæ fidei, in quo genere potissimum æqui et boni ratio habetur? *d.* §. *in bonæ*, *Inst. de act.* Imo, inquiunt quidam ad *L. hominem*, *mand.* non sine ratione in bonæ fidei iudiciis rei iudicandæ tempus observatur, quanti res sit, etiam tunc cum culpa sua reus rem non restituit, quia in eis id tantum petitur, quod bonus iudex arbitrabitur et æstimabit dari oportere ex fide bona. Quid hoc est, quia iudex rem æstimat ex bona fide, ideo æstimabit ex tempore rei iudicandæ, quamvis res multo ante perierit post moram, aut deterior facta sit? neque præcedentium temporum rationem habebit? Quo quid dici potest absurdius? Imo tanto magis faciet, quod iudicium bonæ fidei est, in quo plus illi licet pro potestate iudicii. Ideo faciet, quia iudicii natura potissimum hoc dictat, ut damnetur reus in id quod illum ex æquo et bono præstare oportet, ut iam dixi. *d.* §. *in bonæ*, *de act.* Hoc autem æquum et ex regula iuris, ne reus mora sua liberetur, ne ea creditori noceat. Nisi forte hoc volunt, quia iudex in bonæ fidei iudiciis rem æstimat tempore rei iudicandæ, ideo ex eo tempore rem æstimandam. Quasi vero qui de æstimatione rei iudicat, non possit spectare æstimationem cuiuslibet alterius temporis; aut quasi ista ratione non idem liceat dicere de strictis iudiciis: cum et in his non alio tempore res æstimetur, quam rei iudicandæ. Nihil est igitur ista ratione absurdius, quam potius a vigilante in contraria omnia converti oportebat. Sed etiam occurretur fortassis ab Accursio, et similibus, quibus tempus moræ et litis contestatæ, et rei iudicatæ, quoties illis libuit, sunt eadem: quod dicitur, in bonæ fidei iudiciis spectari tempus rei iudicandæ, sic accipiendum esse: nisi res ante facta sit deterior: tunc enim prius illud spectandum ex hoc loco. Sed et hoc ridiculum. Ista enim ratione non minus recte dici potuit, spectandum esse tempus litis contestatæ, aut præcedens aliquod, aut sequens, quam rei iudicandæ: quia semper in promptu fuerit hæc conditio, quam eodem iure supplere possimus, nisi res alio tempore pluris fuerit, et deterior facta sit. Sed et hac exceptione an non animadvertimus priorem sententiam everti? Sic enim dicimus, non rei iudicandæ tempus, non hoc aut illud certum esse spectandum, sed omne quodcunque est, quo res post moram plurimi fuit. † Ut hoc in bonæ fidei 15
iudiciis falsum, spectari in his ad rei certæ æstimationem tempus rei iudicandæ: ita non minus et illud falsum est, in strictis iudiciis spectari ad eam rem tempus litis contestatæ: ut non minus et in hoc genere actionum si res post moram deterior facta sit, æstimari debeat, quanti ante res fuit, eoque non minus ad definitionem huius loci actio pertineat. Si condictio Triticiaria stricti iuris est, ut esse initio docuimus, res confecta est. Id enim in hac actione de rei certæ æstimatione hoc loco traditur. Sed ne sit hic locus, aut ne sit Triticiaria stricti iuris, sed arbitraria, quando de eo a quibusdam ambigitur. Nihilominus idem aliis partibus iuris tam certo efficitur, ut non certius statueretur hoc loco, si locus de actione stricti iuris nominatim scriptus esset. Quam ad rem etsi satis esse poterant, quæ iam supra in explicatione postremi membri huius responsi ad eius sententiæ confirmationem attulimus: itemque ad *L. vinum*, *supr. si cert. pet.* qua parte de tempore moræ illic disseritur: tamen ne qua sit dubitatio, adiiciam hoc loco certius aliquid, quod hæsitantibus omnem scrupulum adimat. Sit ergo res certa debita ex stipulatu, quæ actio stricti iuris est. *L. in actionibus*, *in fi.*

iun-

iuncta *L. alias seq. supr. de in lit. iur.* Dicimus, si in ea actione res petita æstimanda sit, ut sæpe, et ex iis caussis, quas initio huius responsi complexi sumus: naturam obligationis et rationem iuris non pati, ut alia tempora spectentur ad rem æstimandam, quam quæ hic præscripta sunt. Aut enim species petita deterior facta non est post moram, aut facta est. Si deterior non est facta, aut etiam melior facta est, constat talem deberi, qualis est: quia species ipsa in stipulatum fuit deducta. Proinde talem creditor consequi debet: nempe quod debetur, et quod stipulatus est, quod creditorem non consequi absurdum habetur in *L. in exsecutione*, *§. pro parte*, *infr. de ver. obl.* Id et definitio actionis ostendit, quæ est ius persequendi iudicio, quod nobis debetur. *L. nihil*, *infr. de obl. et act.* Idem regula iuris, quæ dictat, solutione tolli obligationem, sed solutione eius quod debetur. *Inst. quib. iur. tol. obl. in pr.* Id si ita est: fit, ut si res non deterior sed melior debeatur tempore condemnationis, ipsa præstanda sit, si potest, sententia iudicis, iuxta *L. ult. C. de fidei. lib.* Si non potest, damnari debeat debitor in æstimationem. At quam? nempe quæ tunc est, aut fuit tunc cum res post morem decessit, quia alioqui creditor suum non consequatur: cum pro corpore quod debebatur, et præstandum erat, præstetur æstimatio. *L. in re*, *in pr. supr. de cond. fur.* Non ergo hic spectabitur tempus litis contestatæ: cum si id spectaremus, præstaretur æstimatio, quæ fuit, non quæ nunc est, cum res iudicatur. Quod si res post moram deterior facta est: hic iam ad alteram partem distinctionis hoc loco traditæ ducit nos regula iuris explorati, et de qua inter omnes convenit, culpam eoque et moram debitoris perpetuare obligationem, idest, hoc efficere, ut quod post moram aliquando debitum fuit, id ita et perpetuo debeatur: neque id in re tantum bonæ fidei iudicio debita, sed etiam in re debita ex stipulatu. *L. si servum*, *§. sequitur* L. *nemo*, *§. 1. infr. de ver. obl.* Quod nihil aliud est, quam si res post moram deterior facta sit, æstimandum esse, quanti fuit antequam deterior fieret: ut quoniam talis præstari non potest, qualis tum fuit, pro eo quod abest, æstimatio præstetur. *d.* L. *in re*, *supr. de cond. fur.* Ita ne hic quidem in strictis iudiciis spectandum est tempus litis contestatæ. Non enim metuo, ne quem in contrarium moveat quorundam ratio ad L. *hominem*, *infr. mand.* qui, quo acumine de tempore rei iudicandæ in bonæ fidei iudiciis spectando eos respondisse supra ostendimus, eodem et in strictis respondent, spectandum tempus litis contestatæ, quia aliud spectari non potest: quod enimvero, inquiunt, aliud tempus possis spectare in actione ex stipulatu? Hoc qui quærit, et non aliud esse putat; hic non ad ius, sed ad sensum communem nobis remittendus est. Quam multa enim alia tempora sunt, quæ per rerum naturam spectari possint, si modo per ius liceat? An non est tempus condemnationis, tempus mortis, tempus quo res deterior aut melior facta est, eaque varia, prout ista ante aut post litem contestatam evenerint? Quid, quod iidem illi hæc spectanda esse itidem fatentur, cum mora a debitore facta est? At nos de eo debitore agimus. Nam quæ damna sine culpa debitoris contigerunt, ea debitor non præstat. *L. si ex legati*, *de ver. obl. L. quæ fortuitis*, *C. de pig. act.* Quod si intelligunt non aliud tempus spectari posse iure, id pro ratione afferunt, quod ipsum quærebatur. Erit enim hæc sententia, in strictis iudiciis iure spectari tempus litis contestatæ, quia iure aliud non potest: quod æque stultum est. Nam hoc ipsum quærebatur, cur iure non possit. Quid tamen, si iam ad totam superiorem iudiciorum bonæ fidei, et strictorum distinctionem retinendam et nihilominus conciliandam cum hoc loco, quem tractamus dicamus id, quod illi ipsi ad *d. L. hominem*, *mand.* regulam quidem hanc esse, et veram, in bonæ fidei iudiciis rei iudicandæ tempus; in strictis litis contestatæ, quanti res sit, observari: sed addendam exceptionem ex *d. L. hominem*: nisi debitor moram fecerit, ut tunc quo tempore pluris res fuerit, vel moræ, vel litis contestatæ, vel rei iudicandæ, id spectetur, et tanti reus damnetur? Id enim ita temperari et explicari videtur in *d. L. hominem.* Sed de eo loco dicam paulo post suo ordine. Nunc de ista sententia tantum monebo, quantum locus postulat, primum quidem non esse eam ex *d. L. hominem*: quia responsum ab illis perperam intelligatur. Quod autem ad rem ipsam attinet, nescire me, an quidquam ea sententia dici potuerit aut per se magis falsum, aut ad ista explicanda magis inutile, ne dicam absonum. Nempe enim fatentur, si debitor moram fecerit, rem adversus eum æstimandam, quanti plurimi fuerit post moram, ut hoc loco traditur. At hoc concesso discrimen illud iudiciorum ab Ulpiano positum plane tollitur: quod tamen ipsi statue-

tuere velle videbantur, et quidem eo loco, ubi ex professo id contendunt. Nam superior distinctio non statuitur ab Ulpiano, nisi in eo debitore, qui moram fecit. Hoc isti negant, video: sed nunquam fecissent, si ad locum cognoscendum aliquid attentionis, aut iudicii, aut scientiæ iuris attulissent. Primum in *d. L.*, 3. §. *in hac*, aperte de eo debitore agitur, cum quo iudicio actum erat, ventumque ad tempus rei iudicandæ, quo is de æstimatione rei petitæ damnari deberet. Is moram facit, qui idonee interpellatus non solvit: et maxime si iudicium suscipere maluit, quam rem restituere. *L. mora, infr. de usur. L. si rem*, §. 1. *infr. de verb. ob.* Nec de eo aliter statui solet, nisi cum adiicitur, reum ex iusta caussa ad iudicium provocasse. *L. si quis solutioni infr. de usur.* quod illic factum non est. Quin etiam iidem illi ipsi sui obliti prius id ipsum affirmaverant. Sic enim scribunt: mora etiam est, si debitor patiatur secum litem contestari: et ideo si moriatur Stichus post litem contestatam æstimatio refertur ad tempus litis contestatæ vel mortis. Hoc amplius et de bonæ fidei iudiciis ita scripserant: Alias in bonæ fidei iudiciis. *d. L.* 3. §. *in hac*, tempus rei iudicandæ, quanti res sit, observari ait: nec sine ratione. Et mox: et hoc si culpa sua reus rem desierit possidere: nam si dolo malo, rem æstimat actor iuratus. Deinde in ea actione, in qua Ulpianus tempus illud rei iudicandæ spectandum esse statuit, admittit iusiurandum in litem adversus reum. Hoc vero, dolo et mora debitoris non præcedente, dici non potuit: quoniam iusiurandum in litem nisi ob dolum, aut ut minimum ob moram debitoris non admittitur. Atque hæc ipse locus Ulpiani suppeditabat. Quod ut dubium esset ex verbis: tamen res ipsa loquitur, iure superiorem regulam adversus alium debitorem valere non posse, quam eum qui moram fecerit. Fingamus enim; mora a debitore non facta, sine culpa eius rem debitam periisse ante rem iudicandam, aut etiam ante litem contestatam. Hic constat debitorem omnino liberari, ut nec æstimationem debeat. *L. quod te, supr. si cert. pet. L. si ex legati, infr. de ver. obl.* Absurdum est autem dici, observandum esse tempus alterutrum ad rem æstimandam, ubi reus nihil debeat, ac ne æstimationem quidem. Sed etsi res ante moram sine culpa debitoris deterior facta sit, ne id quidem æstimabitur: quia creditoris detrimentum est. *d. L. quod te, L. quæ fortuitis: C. de pig. act.* Quod si rei iudicandæ tempore res exstat, et his casibus præcedentia tempora æstimanda non sunt, quibus res pluris fuit: quid superest, nisi ut secundum formam iuris aut reus in rem ipsam condemnetur, si præstare eam potest: *L. ult. C. de fid. lib.* aut si non potest, damnetur in præsentem æstimationem eius temporis, quo res iudicatur, ut ante dixi? nam pro re quæ præstanda erat, æstimatio penditur, *d. L. in re, de cond. fur.* Ex quibus intelligitur, non rationem quamlibet et speciem tantum æquitatis suadere in omnibus iudiciis eam sententiam, quæ est hoc loco; sed necessitatem ipsam obligationis et iuris certi etiam ab invitis eam exprimere. Qua eadem ex re efficitur, falsum esse in his ad rem certam ex vero æstimandam tempus rei iudicandæ aut litis contestatæ spectari: simul et illud, in hac rei certæ æstimatione ex aliquo tempore spectanda quidquam inter bonæ fidei et stricti iuris iudicia interesse. Atque hæc cum ita sint: quidvis quærendum et admittendum potius, quam mutanda huius loci sententia, cum de re certa, quanti vere sit, æstimanda quæritur, sive iudicio bonæ fidei agatur, sive arbitrario, sive stricti iuris. † Quomodo 16
ergo aliter interpretamur locum Ulpiani in quo diserte scriptum est, *in bonæ fidei iudiciis rei iudicandæ tempus quanti res sit, observari; in strictis litis contestatæ tempus spectari?* d. L. 3. §. in hac *commod.* Si quidem verba isto modo scripta essent, hæreremus. Nunc autem ita concepta sunt ut in utrumque genus iudicii eam interpretationem recipiant, quæ superiori sententiæ non adversetur. Quæ sententia cum sola vitio careat: hanc potius sequi debemus. *L. in ambigua, infr. de legib.* præsertim cum sit et huius loci, et *d. L.* 3. *com.* idem auctor Ulpianus, quem credendum non est in hac re a seipso dissensisse. Quid ergo illic scriptum est de bonæ fidei iudiciis? hoc quidem inter cætera, si modo Pand. Florentinarum scriptura recta est, *et in his rei iudicandæ tempus quanti res sit, observatur.* Quod ipsum eiusmodi esse fateor, ut si simpliciter dictum, aut per se positum esset, de alia æstimatione accipi non posset, quam de vera, quæ sine iureiurando in litem habeatur. Hæc enim significatur his verbis, quanti res est *L.* 2. §. *ult. supr. qui satis. cog. L. tutor supr. de in lit. iur.* Sed videndum est, quid præcedat, et hoc quod sequitur, quo contextu prioribus subiiciatur: tum intelligetur superius illud, non ad omnem æstimationem,

nem, sed ad eam quæ initio posita erat, cum scilicet iuratur in litem, temperandam referri debere. Quod subodoratum fuisse ex veteribus Guillelmum de Cuneo ex scriptis Bartoli ad §. *in hac*, post hæc scripta comperi: quod et ille sequitur, etsi ad eam rem nihil certi adfert. Sed nihil verius. Prius dixerat Ulpianus: *In hac actione, sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur.* Sequitur: *et rei iudicandæ tempus, quanti res sit, observantur.* Hoc posterius uno contextu et coniunctim subiectum nemo negaverit salva ratione recti sermonis sic accipi posse, quasi scriptum esset: et hic, seu et tum rei iudicandæ tempus observatur. Ut sit sensus, id tum observari, cum scilicet de bonæ fidei iudiciis agetur, et in his in litem iurabitur: nam utrumque hoc præcesserat. Quod si in posteriori oratione omnium consensu recte subaudimus prius illud, *in bonæ fidei iudiciis*, propter coniunctionem orationis: par est, ut propter eandem connexionem et illud alterum de iureiurando in litem recte repeti intelligamus: quo significetur id dictum esse, non de vera æstimatione rei, sed de ea, quæ servatur in iureiurando in litem, quæ a priore passim distinguitur: quippe cum hoc iureiurando æstimetur lis ex affectu, et sæpe ultra rei prætium. *L. non a iudice, supr. de iud. L.* 1. *L. tutor, supr. de in lit. iur.* Hæc sententia expedita est, si aliorum exemplarium, quam Florentini, scripturam sequimur, in quibus ita legitur: *In hac actione sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur, ut rei iudicandæ tempus quanti res sit, observetur*: ut pro et, *observetur*, pro *observatur*: in quibus in unius literæ mutatione facilis lapsus fuit. Hoc modo, inquam, si legimus, sententia superior expedita est, utpote et his ipsis verbis expressa. Apparet enim hanc orationem, ut rei iudicandæ tempus observetur, ad priorem temperandam adiectam esse; ut sit sententia: in bonæ fidei iudiciis iurari quidem in litem, sed ita, ut tum in re æstimanda observetur tempus rei iudicandæ. Et vero hoc modo legendum esse, ratio recte loquendi nos admonet: Nam alioqui ita dicendum fuerat: in hac actione sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis in litem iurabitur, et in his rei iudicandæ tempus observabitur, non autem observatur: cum sit in vitiis orationis, si ea perturbetur numeris aut temporibus: et præsertim si coniunctionis copula intercedat, cum coniunctione eadem illa coniungantur. Sed etsi placeat legi eo modo, quo supra ex Pand. Florent. retulimus, quamvis non sit eorum verborum sola ea significatio, quam dixi; attamen et hanc recte accipi posse connexio contextus indicat: ut hoc quærendum relinquatur, utra potius accipienda sit. Id si quæritur, satis fuit ad posteriorem significationem retinendam, si dicatur eam vitio carere, alteram vitiosam et falsam. *d. L. in ambigua, supr. de legib.* Talem autem esse alteram constat, ut quæ in manifestam æquitatis et aliorum locorum iuris reprehensionem incurrat, ut supra ostendimus; neque id solum, sed etiam, quæ ab eodem auctore alibi refellatur. Et hæc quidem ita sunt, etsi dubitaretur ex præcedentibus aut sequentibus, quid in hac re auctor ipse sentiret. Quod si de eo constet: quæstio, opinor, tollitur: neque enim verba captari, sed qua mente quidque dicatur, spectari convenit, ut bene alibi Paulus præcipit. *L. pen. supr. ad exhib.* At non sentire Ulpianum tempus rei iudicandæ esse spectandum in commodato, cum de vera æstimatione sine iureiurando in litem quæritur, §. *præcedens* plane arguit: in quo ille scribit: si res commodata deterior facta sit, æstimandum et præstandum, quod commodatoris interest, seu quanto res deterior facta est: quod nihil aliud est, quam in ea re ex vero æstimanda non rei iudicandæ tempus spectandum esse; sed ut nunc dicimus, illud moræ, quo res facta est deterior. Atque hinc recto ordine in §. *in hac, sequenti* monet hoc ita esse, si quæratur de eo quod interest, seu quanti res sit vere, quæ sunt eadem. *L.* 1. §. *hæc verba, infr. ne vis fiat ei, L.* 3. §. *ult. infr. uti poss.* Diversum esse, si in eo genere iuretur in litem. Nam et in actione commodati, sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis in litem iurari posse, ac tum in his rei iudicandæ tempus, quanti res sit, observari. Non adversatur huic sententiæ, quod hæc verba, *quanti res sit*, quibus Ulpianus utitur, ad veram æstimationem referri solent, eoque et perpetuo distingui ab eo, quanti in litem iuratum est. *d. L.* 2. §. *ult. supr. qui sat cog. d. L. tutor, supr. de in lit. iur.* Hoc enim ita verum est, nisi verba in iureiurando in litem usurpentur, ut hoc loco: tunc enim sic accipiuntur, quanti res est iureiurando actoris æstimata, ut in *L. arbitrio, supr. de dol.* Quod et hic faciendum est, ut significatio adiunctis et subiecto loco discernatur. † Teneamus igitur, Ulpianum in *d. L.* 3. §. *in hac*, hoc dicere: in bonæ fidei iudiciis cum in litem 17 in-

iurabitur, tum rei iudicandæ tempus, quanti res sit, observari. Nihil hoc ad veram æstimationem, ubi forte res petita ante condemnationem post moram debitoris deterior facta erit, et de eo agetur, ut idipsum æstimetur, quanto deterior facta est. Itaque nihilominus recte dicitur, et hoc ipsum esse æstimandum etiam in bonæ fidei iudiciis: *ut semper* æstimatio ad tempus moræ; *quo* res plurimi fuit, redigatur, ut hic *traditum* est. Neque cum hoc dicemus, quidquam alterum ab altero dissideat. Nisi forte hoc adhuc dubitatur, an quod dicitur de æstimatione iurisiurandi in litem ad tempus rei iudicandæ reducenda, nulla caussa sit, cur non ad veram æstimationem transferatur. Sed differentiæ ratio in promptu est. Cum enim iurat actor in litem, iurat ex affectu, non utique qui fuit, sed eo qui nunc est, cum iurat. *L. 1. L. tutor, supr. de in lit. iur.* Id autem est tempus rei iudicandæ. Præterea non tam hic æstimatur res petita, quam non restituentis aut non exhibentis contumacia coercetur. *d. L. 1. L. tutor.* Merito igitur et eius temporis contumacia ex eo ipso tempore æstimanda est: quod et posterius bene sensit Bartolus. *d. §. in hac.* At ubi de vera æstimatione rei sarcienda agitur ob id solum, quod res periit post moram, aut deterior ante condemnationem facta est: ratio non patitur, ut hic res æstimetur ex tempore rei iudicandæ, quo facto præcedentis temporis nulla ratio habeatur: quoniam hoc modo non consequatur creditor rem quæ olim debita fuit, cuius tamen obligationem mora perpetuum fecit. Ac de *L. 3. §. in hac, commod.* responsum est, qua parte de bonæ fidei iudiciis adversari videbatur: et demonstratum in summa, de re quidem certa æstimanda illic agi non secus quam hic: et rei æstimandæ bonæ fidei iudiciis aliud tempus statui, quam hoc loco; sed dici hoc de alia æstimatione, quam de vera de qua nunc agimus: quæ et merito distinguatur ab altera. Ita fieri, ut nihil sit repugnans,
18 si et de ea aliud ius statuatur. † Quod sequitur de strictis iudiciis in *d. L. 3. §. in hac*, quam sententiam habeat, et quam non huic loco adversantem, videamus. Subiicit igitur Ulpianus: *quamvis in strictis litis contestatæ tempus spectetur.* Generaliter hoc quidem, et sine conditione, si verba definitionis spectes; sed ex præcedentibus definitio temperanda est. Apparet enim ex adversativa, *Quamvis*, dictum id esse ex comparatione priorum per dissimilitudinem, quo ostendat in eo, quod prius dixit, quid bonæ fidei iudicia a strictis differant. In quo nihil est literæ convenientius, quam id quod Bartolus de eo scripsit, eoque nihil melius, quam id sequi, si modo iuris ratio id pateretur. Ait enim in *d. L. §. in hac*, toto agi de æstimatione, quæ probetur iureiurando in litem. Hoc cum fit, recte dici in hoc iureiurando in bonæ fidei iudiciis tempus rei iudicandæ; in strictis autem litis contestatæ spectari. Prius verum est: quia de eo iureiurando in litem dictum intelligitur, quod proprie dicitur in litem, et defertur ob dolum et contumaciam non restituentis. *L. 5. de in lit. iur.* hanc contumaciam æquum est ex eo tempore æstimari, quo admittitur, ut dixi. Posterius falsum est. Nam cum in strictis iudiciis res quæ post moram debitoris periit, æstimanda est iureiurando actoris, quanti fuerit, uti ius est, *L. 5. vers. plane supr. de in lit. iur.* non ad aliud tempus refertur æstimatio, quam quo periit, aut ante deterior facta est post moram, ex hoc loco, quamvis de ea æstimatione affirmanti actori non credatur sine iureiurando. Ideo hanc sententiam, quæ per se aperte falsa est, sequi non possumus, etsi alias a verbis minime abhorrentem. Sed nihilominus verum est, verba illa, QUAMVIS IN STRICTIS LITIS CONTESTATÆ TEMPUS SPECTETUR, scripta esse per comparationem, quo ostendatur in eo, quod Ulpianus prius dixerat, quid hæc iudicia inter se differant: ut proinde non tantum membrum referendum sit ad priora, sed etiam intra fines prioris sententiæ retinendum, ut in eo solo dissimilitudo sit, quod priore sententia continebatur. Dissimilitudo vero est non in iureiurando in litem, sed in tempore quod præcessit. Prius locutus erat de eo tempore, quod unicum rei æstimandæ præfinitur. Proinde quod sequitur, sic accipiendum est, quasi ita dictum esset: quamvis in strictis iudiciis, ubi extra conventionem unicum tempus rei æstimandæ statuitur, ut supra, ibi non rei iudicandæ, sed litis contestatæ spectetur. Quod et verum est, neque huic loco adversatur. Nam cum in strictis iudiciis genus petitur, veluti vinum quod mutuo datum erat, si conventio de tempore solvendi nulla est: plane ibi spectatur tempus litis contestatæ, neque aliud, quandiu debitor moram facit rei solvendæ. *L. vinum, supr. si cer. pet. L. ult. infr. hic.* Utque hoc solum tunc spectatur in strictis iudiciis: sic et in eo recte bonæ fidei iudicia a strictis distinguuntur. Etsi enim et in emptione, quod bonæ fidei iudicium est, cum vinum emptum pe-

petitur, litis quoque contestatæ tempus ad rem æstimandam spectandum esse diximus ad *d. L. vinum*: tamen bonæ fidei iudicia hoc recipiunt, ut in his spectetur etiam quandoque tempus rei iudicandæ, cum scilicet iuratur in litem. Stricta iudicia nequaquam, ut in quibus ob dolum et contumaciam nunquam in litem iuretur: *L. in actionibus, supr. de in lit. iur.* ut consequens sit, semper in his unico tempori litis contestatæ locum relinqui. Quod si in strictis iudiciis res certa petita sit, ut Stichus: placet quidem hic in re æstimanda non spectari tempus litis contestatæ, ut hic traditur; sed ne hoc quidem negatur superioribus verbis *d.* L. 3. §. *in hac*: quia in eo genere rerum non unum tantum tempus statuitur æstimandæ rei, sed plura: nempe, modo condemnationis, modo mortis, modo quo res post moram deterior facta est, pro ut illo aut illo pluris fuerit. Nos superiorem definitionem de tempore litis contestatæ spectando sic accipiendum esse diximus: ut de eo tempore intelligeretur, quod unicum spectetur in re æstimanda, sicut et prior definitio intelligitur. Et quidem priore parte id tempus demonstrari apparet. Cum enim in bonæ fidei iudiciis in litem iuratur, diciturque tum observari tempus rei iudicandæ: ita dicitur, ut intelligatur id tempus eo casu, et non aliud esse spectandum. Posteriera autem ad idem genus referri debere comparatio indicat. Male enim dicuntur ista iudicia differre in eo tempore quod præcessit, nisi in posteriore genere iudiciorum idem genus temporis intelligitur. Quod si ita est: res huc redit, ut sententia posterior *d. L.* 3. §. *in hac*, quæ est de tempore litis contestatæ in strictis iudiciis spectando, ad
19 rem certam non pertineat. † Sic fit: quod ad totum eum locum breviter responsum volumus: ut prior pars non sit de vera rei æstimatione, etsi de re certa; posterior non sit de re certa petita. Ita neutra pars definitionem hoc loco traditam offendat, quocunque iudicio agatur: cum definiamus alia quidem tempora spectanda, quam rei iudicandæ, aut litis contestatæ; sed in re certa petita, idque cum de ea æstimanda et vera eius æstimatione agitur.

Sed si huic defensioni locus esse potest in *L.* 3. §. *in hac*, *commod.* verendum, ne non itidem sit in *L. hominem*, *infr. mand.* quem postremum locum distinctioni huius loci obiiciebamus. Vel potius verendum, ne eo loco omnis hæc defensio præcidatur. Agitur enim eo responso de homine certo, quem fideiussor pro debitore dari promisit, et solvit. Idque disertis verbis ita proponit Africanus, et ad eum hominem promissum, totum responsum accommodat. Agitur et de eius hominis æstimatione nominatim in principio, et ea æstimatione vera, non quanti in litem iuratum sit: ut omnia concurrere videantur, quæ hic exigimus. Et tamen sive eius hominis æstimatio petatur a fideiussore mandati iudicio: placet eam referri ad id tempus, quo is homo solutus sit, non quo agatur; sive ipse homo petatur ex stipulatu, traditur id tempus spectari, quo agitur, idest, litis contestatæ. Utrumque scilicet diversum ab eo, quod hic statuitur. De quo superest, ut videamus. Et quoniam eius responsi duæ sunt partes: una de bonæ fidei iudicio, altera de stricto; neque utraque una ratione et solutione continetur: dicam hic quoque, ut prius, distincte de singulis, quo planius res tota intel-
ligatur. † Summa tamen hæc erit, in prin- 20
cipio eius responsi agi quidem de re certa, et ea æstimanda; at non de re certa petita, qualem hic exigimus. In altera autem parte agi de re certa debita et petita, in qua et placeat tempus litis contestatæ spectari; sed in hoc, ut sciatur, an ea res peti possit, non etiam in hoc, ut res æstimetur. At de re petita æstimanda omnis nostra quæstio est. Sed melius est, ut dixi,
id in singulis distincte explicari. † Princi- 21
pio ergo proponit Africanus, fideiussorem hominem certum, puta Stichum, pro debitore dari promisisse et solvisse. Ait, cum mandati fideiussor aget, nempe hominis a se soluti æstimationem repetens, si quæratur, cuius temporis æstimatio in eo homine sumenda sit: æstimationem referri debere ad id potius tempus, quo Stichus solutus sit, non quo agatur. Quod bis huic loco contrarium videtur. Primum quod vult spectari tempus, quo homo solutus est, idest, tempus obligationis inter fideiussorem et debitorem contractæ: tunc enim debitor contraria actione mandati fideiussori teneri incipit, cum fideiussor pro eo solvit. *L. si pro eo C. mand.* Deinde, quod si hoc tempus non spectaretur, vult spectari debere tempus, quo agitur, idest, litis contestatæ: his enim duobus temporibus positis, contractus, et litis contestatæ, prius ait potius spectandum esse. Quod per comparationem dictum, significat potuisse spectari et hoc posterius, si prius non esset. Sed si utrumque concurrat, ut semper, illud magis spectandum. Utrumque tempus

adversus hunc locum, ut videtur: sed tempus contractus maxime: cum tempore litis contestatæ proposito, statuatur quidem aliud tempus, quam omne illud moræ, quo res plurimi fuit: attamen id, quod sit et moræ. Constituto autem tempore contractus, semel omnia tempora quo mora facta est, removeantur: quia tunc cum fideiussor hominem promissum solvit, non possit dici debitor in mora esse, si statim fideiussori non solverit, quod ei abest: cum potuerit ignorare hominem esse solutum, eoque se fideiussori teneri; et ut sciret, tamen interpellatus non sit a fideiussore: quibus casibus mora non fit. *L. quod te, supr. si cer. pet. L. mora, infr. de usur.* Sed et illud animadvertendum, quod statuitur id tempus in iudicio mandati: quod bonæ fidei est. §. *actionum autem, Inst. de act.* Quod iam non minus adversari videtur sententiæ illi Ulpiani ex *L.* 3. §. *in hac, commod.* qua scribit in bonæ fidei indiciis tempus rei iudicandæ, quanti res sit, observari. Et observetur rerum, atque æstimationis; de quibus in his locis agitur, dissimilitudo. Tum in eo iure, quod de his rebus statuitur, quam nihil sit contrarii, quam recte potius dissimilibus de rebus diversum statuatur, intelligetur.

Agitur hic de re certa æstimanda; sed ea, quæ et debeatur principaliter, ac propter quam æstimatio præstetur. In specie Africani superiore agitur quidem et de homine certo æstimando; sed ita, ut non debeatur ipse, sed sola eius æstimatio in obligationem deducta sit. Hoc et Irnerius et Joannes aliique nonnulli ex veteribus recte viderunt, a quibus acceptum secutus est Bartolus, nec incommode: expressitque his verbis ad *d. L. hominem, et ad* §. *in hac*: ut diceret in *hac L.* speciem esse in obligatione, et æstimationem venire officio iudicis; in *L. hominem*, in obligatione esse æstimationem. Hæc dissimilitudo animadversa rem plane explicabit: de qua ne dubitetur, prius constituenda est. Dico hic agi de re, quæ ipsa principaliter debeatur, circa cuius executionem quæratur de æstimatione, ut præstetur. Patet ex verbis. Agitur enim de re iudicio petita, quæriturque nominatim, res quæ petita est, cuius temporis æstimationem recipiat. Ea petitur, quæ debetur: potestque deberi, quæ non petatur; at iure peti nulla, nisi quæ debeatur: non est enim actio, nisi persecutio eius quod debetur. *L. nihil infr. de ob. et act.* Nec vero de alia re agitur in *L.* 3. §. *in hac, commod.* Imo nec de alia re (incerta tamen) aliave æstimatione in *L. vinum, supr. si cer. pet. L. ult. infr. hic*: in quibus nominatim quæstio ponitur de vino, et similibus mercibus, quæ dari debeant, et iudicio petitæ sint: quæritur autem ubi earum æstimatio facienda est, ex quo tempore sint æstimandæ. At in *L. hominem*, in specie proposita contra.

22 † Homo a fideiussore solutus, et de cuius æstimatione quæritur, non debetur fideiussori, nec peti ab eo potest vel nominatim, vel his verbis, quod ex bona fide dari oportet. Solum debetur eius hominis æstimatio, eaque sola a principio in obligationem mandati deducitur. Utrumque, quia non obscure actum est. Nam fideiussor hominem creditori solvendo hoc animo fuit, ne eum hominem unquam repeteret. Animus hic est solventis. §. *is quoque, Instit. quib. mo. re cont. obl.* et qui sic solvit, ut recipiat, non liberatur, eoque nec solvere intelligitur. *L. qui sic solvit, infr. de sol.* Et si id agitur, ne eum hominem repetat a creditore, cui eum dedit: multo magis, ne repetat a principali debitore, cui non dedit. Quod si id ageret, ut a debitore repeteret: aut exigeret ab eo, quod fieri non potest, aut ipse secum pugnaret, quorum neutrum ferendum est. Exigeret, quod fieri non potest, si vellet debitorem eum hominem reddere prius, quam eum a creditore, cui dedit, recepisset. Iam si eum ab illo vellet recipi, secum pugnaret, seque refelleret, ut qui ita solverit, ne is homo repeteretur. Non ergo fideiussor hominem promissum solvendo id agit, ut debitorem de eo homine sibi reddendo obliget. Proinde nec debitor secus quam actum est, eo nomine obligabitur. *L. non omnis, supr. si cer. pet.* Restat, ut si quid fideiussori præstandum est eo nomine, debeatur hominis soluti æstimatio, non aliud. Et vero constat id agi, ut si quid mandatarius ex mandati caussa impenderit, id ei præstetur, et indemnis reddatur L. *si vero*, §. *si mihi*, L. *si mandassem*, 15. L. *si quis mihi*, 16. L. *si quis alicui.* 27. §. *impendia, infr. mand.* Placet, homine a fideiussore soluto, ipsum hominem ei non deberi. Sic fit, ut sola ei debeatur æstimatio ad indemnitatem, eaque sola in obligationem mandati ab initio venerit. Quo loco satis mirari non possum, quorundam superbam inscitiam ad *d. L. hominem*: qui cum fastu definire audent in specie proposita non agi mandati in æstimationem, et eos imprudentiæ damnare, qui id dixissent: qua in sententia fuisse Irne-

rum

rum et Joannem Accursius refert in *d. L. hominem*, *et in d.* §. *in hac.* Nec ad caussam damnationis aliud afferunt, quam quod mandati non in æstimationem agitur nominatim, sed in id quod ex bona fide dari oportet. Æstimationem deberi, non hominem supra ostendi bonis rationibus, quæ fortasse prioribus non ita constiterunt. Si debetur, etiam in eam agi posse necesse est: cum id persequatur omnis actio in personam, quod debetur, non aliud: eaque actionis definitio est. *L. nihil*, *infr. de obl. et act.* Nec aliud servatur in bonæ fidei iudiciis, quibus non minus peti posse constat, quod sit in obligatione; et si in his ex bona fide agitur. *L. qui per*, §. *ult. infr. de act. em. L. quæro*, 1. *resp. infr. loc.* Et quod isti dicunt, non agi hic mandati in æstimationem, quia petatur hoc iudicio, quod ex bona fide dari oportet, plusquam ridiculum est. Imo ideo his verbis in proposito maxime petitur æstimatio, quia his continetur id omne, quod fideiussori debetur. Debetur autem æstimatio hominis soluti, non homo, ut dixi. At non petitur nominatim. Etsi hoc falsum est: tamen ut verum esset, satis petitur, quod generali oratione exprimitur. Nisi forte putamus eum qui petit hereditatem, non petere res singulas hereditarias, quia has nominatim non appellat; qui gregem, non petere singulas oves; qui totum, non petere eius partes. Quod secus est. *L. item videndum*, §. *ult. L. et non tantum*, *seq. de pet. her. L.* 7. *L. si cum*, 21. §. 1. *infr. de ex. rei iud.*

23 Hoc intellecto, diversi † iuris de his rebus constituti ratio atque æquitas expedita est. Cum res aliqua certa principaliter debetur, ac propter rem debitam æstimatio præstanda est: si quidem ita, ut æstimetur quanti actor in litem iuraverit: æquum est id tempus spectari, quo iuratur: eoque et tempus rei iudicandæ: tunc enim iuratur. Hoc in *L.* 3. §. *in hac*, *commod.* Sin siue iureiurando res æstimanda, quanti est, ut hic: recte fit, ut æstimationis præstatio rei debitæ obligationem sequatur. Nec vero aliter fieri potest sine creditoris iniuria, cum propter rem debitam æstimatio præstatur. Hinc illam distinctionem esse oportuit, quæ est hoc loco: ut si ad rem iudicatam res pervenerit, non ante deterior facta: spectetur tempus rei iudicandæ, quo scilicet res plurimi fuit. Si mortua est, non ante facta deterior: spectetur hic mortis tempus, quo et ipso res fuit plurimi. Sin autem ante deterior facta sit post moram: iam habetur ratio eius temporis eadem ratione. Hæc omnia, ut dixi, ideo, quia res omnibus his temporibus debita fuit: æstimatio autem quæ hic præstatur, rei debitæ obligationem sequi debet, quippe cum pro re æstimatio præstetur. *L. in re supr. de cond. fur.* Et hæc in re certa petita. Quod si vinum, res incerta, petitum fuerit, ac pro vino debito æstimatio in iudicium vocabitur: commutata ratio facit, ut quoniam nullius certi temporis vinum debitum fuit, ibi solum ratio habeatur eius temporis, quo ut vinum solveretur, actum est. Id autem est dies constitutus, si quidem convenerit, ut certo die daretur; aut si de die nihil dictum est: tempus litis contestatæ, ut docuimus ad *L. vinum*, *si cert. pet.* Unde et illa tempora ibidem spectari placuit, et *L. ult. infr. hic.* At vero ubi rei alicuius licet certæ æstimatio in obligationem venit, ipsa autem res non debetur: ibi nullum ex superioribus tempus sequi possumus, sed necesse est eius temporis æstimationem deberi, cuius temporis in obligationem deducta est: quod declaratur aut verbis contrahentium, aut natura eius negotii de quo agitur. Et in specie quidem Africani superiore intellectum est, æstimationem hominis a fideiussore soluti tum primum nisi deberi cæpisse, eoque et in obligationem mandati deductam esse, cum ipse fideiussor pro debitore eum hominem solvit. *d. L. si pro ea*, *C. mand.* Cuius autem temporis æstimatio deberi cœpta, seu in eam obligationem deducta? Natura contrariæ actionis mandati indicat: ex qua et Africanus de quæstione proposita respondit. Nempe æstimatio, quæ fideiussori per caussam mandati abest: quandoquidem in contrarium iudicium mandati id venit, quod mandatarius mandati implendi caussa impendit: *d. L. si vero*, §. *si mihi*, *L. si quis alicui*, §. *impend. infr. mand.* Abest autem fideiussori æstimatio, quæ fuit hominis soluti tunc, cum solutus est. Non alia igitur in actionem mandati venit, quam illius temporis, eoque non alius temporis æstimatio in hac actione spectanda, ut bene Africanus respondit. Hoc posito, bene intulit Africanus, quod sequitur. *Et ideo*, inquit, *etiam si homo mortuus fuerit*, *nihilominus utilis ea actio est.* Recte, *et ideo.* Hoc enim superiori sententiæ de æstimatione prioris temporis ut debita spectanda consequens est. Nam si homo solutus debitus esset fideiussori, eius interitu debitor ante moram liberatus esset, ita, ut nec æstimationem deberet. *L. si ex legati*, *infr. de verb.*

verb. obl. L. quod te, supr. si cer. pet. Nunc autem hic non debetur, sed huius æstimatio sola, quæ et in obligationem venit. At tio sola, quæ et in obligationem venit. At tio sola, quæ et in obligationem venit. At tio sola, quæ et in obligationem venit. At

24 hæc non periit, ac nec potest. † Quo fit, ut quæ semel deberi cœpit, cum et mortuo homine perseveret, etiam eo mortuo deberi, ac peti posse non desinat. Nihil hic non proprium mandati, et bonæ fidei actionis: seu æstimationem istam hominis soluti deberi *solam*, seu in ea æstimatione dicamus *id tempus* spectari, quo ea æstimatio in obligationem deducta est; seu placeat hanc æstimationem homine postea mortuo, aut deteriore facto, perpetuo deberi. Fit *idem* in stipulatione, in quam hominis alicuius certi, aut fundi æstimatio deducta *sit* nominatim, hoc modo: Quanti Stichus, quanti fundus Cornelianus est, tantum dare spondes? Nam et illic sola debetur æstimatio, non Stichus, aut fundus: et debetur ea, quæ fuit tempore contractæ stipulationis, quia verbis stipulationis hæc demonstrata est. Ea autem constituta, similiter placet et hanc semper deberi, ut sive Stichus aut fundus perierit postea, aut deterior factus sit: nihilominus de ea æstimatione utilis sit actio, quæ ab initio nata est. Hoc in *L. fundum, infr. de novat.* id ipsum plane, quod hic ab Africano de homine soluto respondetur. Ex quo apparet, quod de huius hominis æstimatione ita ab illo constituitur, non ideo fieri, quia iudicium bonæ fidei hic agatur; sed quia natura rei in obligationem deductæ poscat hanc sententiam: ubi res videlicet, quæ deberi cœpit, nimirum æstimatio, non perit postea. Homo quidem perit; sed is non debetur: nec quisquam debitor liberatur interitu rei alicuius, nisi debitæ. *d. L. quod te, si cer. pet. L. si ex legati, infr. de ver. ob.* Quamobrem qui quod in ea specie dicitur, æstimationem hominis ad tempus solutionis eius referri, nec eam æstimationem ullo casu eius hominis augeri postea, aut minui, hoc proprium putant mandati actionis, et ideo eum casum excipiunt ea regula, qua tradit Ulpianus in bonæ fidei iudiciis tempus rei iudicandæ spectari: hi, qua de re Ulpianus, aut qua de re Africanus loquantur, quidve versetur in obligatione mandati, cum homo promissus a fideiussore solutus est, aperte non intelligunt: cum constet Ulpianum in *L. 3. §. in hac, commod.* in superiore regula loqui de re certa principaliter debita, cuius æstimatio per consequentiam rei debitæ præstetur; Africanum autem intelligere debuerint loqui contra de æstimatione in obligationem principaliter demissa ita, ut res cuius illa æstimatio est, non debeatur: genere æstimationis in utraque specie tam diverso, ut non nisi ius illud diversum, quod diximus, in harum temporibus spectandis statui potuerit, ut ostendi. Quod si hoc intelligere se dicent, et nihilominus speciem Africani excipiunt a regula superiore Ulpiani: videant, ne prioris offensionis deprecatione in maiorem incidant, quod excipiunt a regula, quod verbis regulæ non continebatur: quæ non potest non stultissima esse exceptio: cum excipere nihil aliud sit, quam ex eo, quod prius posueris, aliquid detrahere. Quod profecto in ista exceptione nihilo sanius fit, quam si quis hac regula posita: in bonæ fidei iudiciis tempus rei iudicandæ spectari: exciperet ab ea regula actiones stricti iuris, in quibus spectatur tempus litis contestatæ, aut si quis legatis libris suis, exciperet statuas et imagines, quas habet in bibliotheca.

De priore parte *L. hominem, mand.* respondi. † Nunc dicam de posteriore. Ait 25
igitur Africanus. *Aliter in stipulatione servatur: nam tunc id tempus spectatur, quo agitur*, idest, ut dixi, *litis contestatæ.* Hoc ex eo responso detractum, et acceptum generaliter, ut verba seorsim posita præ se ferunt, quasi ad æstimationem quoque rei promissæ pertineat, adversatur huic loco sine dubio, nec minus per se falsum est. At eo sensu, quo ab Africano dictum est: et per se verissime dicitur, et aliis locis ac sententiis receptis iuris tam convenienter, ut nihil magis. Vult Africanus in stipulatione hominis certi spectari tempus, quo agitur. Sed an simpliciter? minime; sed aperte ad hoc, ut sciatur, an homine promisso mortuo, utiliter de eo agi possit, an non possit: quod patet ex præcedentibus. Sic enim prius scripserat: *et ideo etiam si homo a fideiussore solutus mortuus fuerit, nihilominus utilis ea actio est*; idest, nihilominus fideiussor mandati aget de hominis soluti æstimatione: quod illum facere posse prius dixerat. Subiungit continenter: *aliter in stipulatione servatur.* Quid est hoc, *aliter*? nempe aliter, quam modo dixit: ut scilicet in stipulatione Stichi, si quæratur Sticho postea mortuo, an ex ea stipulatione utiliter agatur, an non: sciamus spectandum tempus quo agitur: et videndum, utrum eo tempore homo vivat, necne: ac si tunc non vivit, sciamus de eo agi non posse, seu de eo utilem actionem non esse: nam homine soluto ante litem contestatam mortuo, nihilominus mandati

dati actionem utilem esse prius dixerat. Hoc si aliter observatur in stipulatione hominis promissi, si dicamus eo casu inutilem esse ex ea caussa actionem. Hoc recte: et vero ex regulis notis iuris ita responderi oportuit: quibus efficitur promissorem interitu rei debitæ liberari. *L. quod te, supr. si cer. pet. L. si ex legati, infr. de verb. obl.* Sed hoc ita, inquit Africanus: *nisi forte aut per promissorem steterit, quominus sua die solveret; aut per creditorem, quominus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.* Recte hoc quoque, et ex iisdem regulis iuris, nec minus apte hæc exceptio priori illi sententiæ subiicitur. Quod enim dicitur, homine promisso ante litem contestatam mortuo debitorem liberari: ita verum est si per debitorem factum non sit, quominus eam daret: hoc enim superiori regulæ diserte adiicitur in *d. L. quod te, et d. L. si ex legati.* Cæterum si per debitorem steterit, quominus daret: ex aliis notis regulis mora perpetuat obligationem, idest, tam tenetur debitor homine mortuo, quam si homo exstaret. *L. si rem, §. ult. L. si servum, §. sequitur, infr. de fer. obl.* Cui sententiæ consequens est, ut eo homine post moram debitoris, quamvis ante litem contestatam mortuo, iam de eo utiliter agi possit. Quod Africanus superiore exceptione in persona debitoris intelligi voluit. Ait autem, *si per promissorem steterit, quominus sua die solveret.* Ubi *sua die* accipere debemus, non die constituta in stipulatione, sed generaliter ea die, qua promissor solvere debuit. Is autem dies est non solum qui solutioni dictus est ab initio, sed etiam is, quo debitor interpellatus est, ut solveret. Utroque enim solvere debuit, ac nisi solvat, pariter moram facit. *L. mora, infr. de usur. L. magnam, C. de cont. et com. stip.* Hanc exceptionem rursum interpretatur, et alia exceptione temperat: nisi postremum per creditorem steterit, quominus hominem oblatum acciperet. Quo significat, si per debitorem aliquando factum sit, quominus solveret, sic eum adhuc teneri homine postea mortuo, si et debitor in mora perseveraverit, priusquam secum ageretur. Cæterum si ante litem contestatam hominem obtulit creditori, et iste sine iusta caussa accipere recusavit, ut sic per eum staret, quominus acciperet, hoc sentit Africanus, eam moram creditori sic non nocere: ut homine postea mortuo, tam liberetur debitor, nec ex ea caussa agi possit, quam si is prius moram non fecisset. Quod et verum est, et ex aliis regulis iuris expressum: quippe debitor postea offerendo purgat moram *L. si servum, §. sequitur, infr. de verb. obl.* et placet, si ambo moram fecerint, debitor et creditor, posteriorem moram nocere. *L. illud, infr. de per. et com. rei. vend.* Dixi, si debitor obtulit ante litem contestatam, non ut servirem tantum responso Africani, qui vult in stipulatione unum hoc tempus spectari litis contestatæ; sed etiam quia si debitor post litem contestatam offerat, creditor recusando moram non facit, qui accipere nihil vult, nisi ex sententia iudicis, cum neget ea oblatione sibi satisfieri, ut docui *ad d. L. si servum, §. sequitur, de verb. obl.* Apparet ergo dicta quidem hæc esse de tempore litis contestatæ in re certa promissa spectando; sed in ea quæstione, cum quæritur, utrum homine promisso mortuo utiliter de eo agi possit, necne: estque hæc summa sententia Africani: agi non posse, quia debitor rei interitu sit liberatus. Hoc tamen ita, nisi is moram fecerit prius, quam homo interiret: tum enim propter moram tam tenetur, quam si homo exstaret. Et hoc rursum ita: nisi ipse post moram hominem offerendo moram purgavit, et cum non accepisset creditor postea homo periit: tunc enim rursum creditori mora sua nocebit, ut non magis adversus debitorem utilis sit actio, quam si sine culpa et mora utriusque homo decessisset. Non convenit hæc explicatio definitioni Africani, dixerit aliquis: quoniam mora facta, spectatur tempus moræ, non litis contestatæ; definitio autem Africani solum tempus litis contestatæ præscribit. Et observandum est, Africani definitionem, verbis ad omnem debitorem, re ad eum solum referri, qui moram non fecit: quod significat, cum postea ab ea regula debitorem moratorem excipit. In eo debitore, qui ante litem contestatam moram non fecit, cum quæritur, an cum eo agi possit, recte dicitur in universum spectandum esse tempus litis contestatæ, ut videamus, utrum eo tempore homo promissus vivat, necne, atque hinc de facultate agendi iudicetur. Nam si tunc homo vivit, utiliter agitur; si mortuus est, iure nulla est actio. Excipit quidem Africanus: nisi debitor antea moram fecerit, quo casu aliud tempus vult spectari. Sed hoc exceptum amplius ad tempus litis contestatæ, quod erat in definitione non pertinet. Hinc semper illud manet, sententiam Africani esse: homine promisso mortuo tempus

pus litis contestatæ in stipulatione esse spectandum, cum quæritur, an de homine utilis actio sit, necne: ut si eo tempore in rebus humanis fuit, utilis sit actio; si decessit, inutilis, vel potius nulla. Nihil in ea sententia adversus sententiam huius loci ullo modo: *cum* hic quæratur, non an homo peti possit, ut prius; sed quem utiliter petitum et in iudicium deductum esse constat, ex quo tempore sit æstimandus, si forte eius æstimatio præstanda fuerit. Quarum quæstionum in priore unum tempus litis contestatæ spectari, in posteriore plura et diversa, mirum non est. Si quidem agendi unum est tempus, et id litis contestatæ: ac dum eo tempore res debita exstet, aut pro exstante habeatur, ad agendum satis est; rei autem æstimandæ tot tempora sunt, quot sunt, quibus illa debetur: cum pro re debita æstimatio præstetur. Quo fit, ut quod ex his commodum sit creditori spectari, quo suum consequatur, id sit spectandum.

Atque hæc ita sunt, si verba illa Africani, ALITER IN STIPULATIONE SERVATUR, ad proxime præcedentia tantum, non autem
26 ad totum responsum prius referuntur. † Sed hoc quæritur, an non ad totum referri debeant. Et vero cur non referantur? Dixerat Africanus, si de hominis a fideiussore soluti æstimatione quæritur, eam æstimationem ad id tempus referri, quo solutus sit, non quo agatur. Addit, etiamsi is homo solutus mortuus fuerit, nihilominus utilem eam actionem esse. Subiicit: *aliter in stipulatione servatur*. Quidni, inquam, hoc, *aliter*, ad totam orationem præcedentem refertur, ut intelligamus in stipulatione aliter servari, sive de æstimatione hominis promissi agatur, sive quæratur, an de eo utilis sit actio, quibus de rebus prius in homine soluto sermo fuerat? Et hoc quidem vulgo ita receperunt, tanta opinione certitudinis, ut ne hoc quidem usquam vel nutu in dubium vocaverint, interpretes non veteres modo, sed et novi; et qui præcipue Africano lucem se afferre professi sunt. In quo ab illis non tam valde, quam turpiter erratur. Quid enim minus verum est, ipsis etiam, cum cogitanter loquuntur, approbantibus, quam tempus litis contestatæ spectari ad rem æstimandam, cum homo promissus mortuus postea fuerit: ad quam speciem Africani oratio refertur? Faciamus mortuum esse ante litem contestatam, et ut Africanus loquitur, prius quam agatur. Necesse est, aut sine ulla culpa promissoris interierit; aut post moram eius; aut sine mora: culpa tamen, quia promissor hominem occiderit. Atqui si de singulis istis casibus interrogentur: respondebunt quidem ipsi, nisi plane sint imperiti iuris, aut contentiosi, respondebunt inquam, aut æstimationem his casibus non præstari: aut non spectari eam, quæ est cum agitur: neque vero quidquam est quartum. Volumusne igitur hominem interiisse nulla culpa præcedente promissoris? At hic velint, nolint, coguntur fateri promissorem liberari: quod regulis iuris notissimis efficitur. *L. quod te, supr. si cer. pet. L. si ex legati, infr. de ver. obl.* Quo liberato, absurdum est dici tempus litis contestatæ spectari ad rem æstimandam, ubi nullum iudicium esse sublata actione, nullam æstimationem præstandam esse fateamur. Nisi forte hoc loco audiendi sunt isti qui ad Africanum per omnia sui similes scribunt; in *L. hominem* agi de condictione Triticiaria; hanc arbitrariam, et æstimatoriam esse, duas clausulas habere: unam de re ipsa, alteram de æstimatione: quarum priori si quis non paret, plerunque damnetur posteriori. Nimirum ut efficiant in ea actione, etsi debitor moram non fecerit, tamen re amissa æstimationis rationem haberi, et eam spectari, quæ fuit tempore litis contestatæ. Atqui apud Africanum nulla mentio condictionis triticiariæ, nulla actionis arbitrariæ, sed tantum stipulationis. Ait enim: *aliter in stipulatione servatur: tum enim id tempus spectatur, quo agitur.* Etiam si actio ex stipulatu in re non certo loco dari promissa evadere posset arbitraria: et æstimatoria, ut isti loquuntur: tamen ipsa stipulatio, de qua tantum loquitur Africanus, nihil est, nisi contractus stricti iuris. *L. quia tantumdem, supr. de neg. gest.* Imo nec actio ex stipulatu quidquam aliud, quam stricti iuris *L. 5. vers. plane, iuncta L. alias, seq. sup. de in lit. iur.* Puduisset illos, opinor, dicere apud Africanum agi de actione bonæ fidei. At illud alterum nihilo verecundius, cum dicunt agi de condictione triticiaria et ea arbitraria: cum non magis unum quam alterum verbis aut etiam ullo apice significetur: imo cum utrumque verbo stipulationis aperte repudietur. Tum autem refricant hic illud suum, condictionem triticiariam esse arbitrariam et æstimatoriam. Quid hoc, ut inde probetur, ante moram tempus litis contestatæ spectari, ubi forte res sine culpa promissoris perierit? scilicet ea actione præstatur æstimatio. Recte, si hanc propter rem debitam:

tam, quandiu debetur, volunt præstari. Sine re, et tunc etiam cum illa desiit deberi, nihil minus verum est. Condictione enim triticiaria petitur res, quæ debetur, ac propter rem, seu potius pro re æstimatio. Sic enim hic diserte scriptum est: IN HAC ACTIONE, SI QUÆRATUR, RES QUÆ PETITA EST, CUJUS TEMPORIS ÆSTIMATIONEM RECIPIAT. Proinde re sublata, quæ debeatur, nec pro re, quæ non est, æstimatio deberi potest. Desinit autem homo promissus deberi, si perierit prius, quam per promissorem factum sit, quominus daret, *d. L. quod te, si cer. pet. L. si ex legat. infr. de verb. obl.* Et an condictioni triticiariæ quantumvis forte arbitrariæ plus tribueremus, quam actioni bonæ fidei, puta ex empto? Atqui si homo venditus sine culpa venditoris mortuus sit, venditor plane liberatur. *L.* 5. §. *ult. infr. de res. vend.* Sciamus ergo et in alia quavis actione, quamvis arbitraria, idem sentiendum: ut consequens sit, quod dixi, reo liberato, et omni actione tam de re, quam de æstimatione rei sublata, non posse dici ad æstimationem rei præstandam spectandum tempus litis contestatæ. Quid, si perierit homo post moram promissoris? Tenetur quidem promissor ex iisdem locis, quasi res adhuc exstaret: *d. L. si ex legati, L. si rem,* §. *ult. de verb. obl.* sed ultro fatentur illi hoc casu spectandum esse tempus moræ, quo res plurimi fuerit, non tempus litis contestatæ. Agnoscunt enim omnes Africanum in *d. L. hominem*, eum casum excipere a regula, quæ dixerat, in stipulatione spectari id tempus quo agitur, exceptione his verbis diserte expressa, *nisi per promissorem steterit, quominus sua die solveret.* Sed et omnes magno consensu eam sententiam huius loci esse concedunt, exceptis quibusdam, qui hic de actione stricti iuris agi negant; sed frustra, cum eandem sententiam adversus moratores cogantur admittere ex *d. L. hominem.* Quid, si homo perierit, nondum quidem mora a promissore facta; at culpa eius, quia hominem occiderit? Mirum, si quis dubitet hoc casu et perpetuari obligationem, et ad id tempus culpæ æstimationem referri. Sed regula iuris illis nota est, qua efficitur, non moram, sed culpam perpetuare obligationem. *L. si servum,* §. *sequitur, de ver. obl.* Inter omnes autem convenit culpæ verbo hic contineri non tantum moram debitoris, sed etiam, et quidem multo magis, eius factum, ubi quid fecerit, quo homo interiret, ut declarat Paulus in *d. L. si servum, in pr.* Quod si homine occiso culpa perpetuavit obligationem, quæ tum fuit, etiam eius temporis æstimatio creditori præstanda est: tum autem mora facta, ad tempus moræ reducitur æstimatio: absurdum sit minus referri ad id tempus, quo in homine auferendo maior culpa admissa est. Et, rogo, quomodo tandem referatur hoc casu æstimatio ad tempus litis contestatæ, cum eo tempore homo nullus fuerit, qui æstimaretur? Fingamus iam, periisse hominem post litem contestatam. Etiam hoc casu in eandem sententiam sua ipsorum confessione incidunt. Fatentur enim debitorem moram facere, qui litigare maluit: quod et iuris certi est. *L. si rem,* §. 1. *de verb. obl.* Ut necesse sit, quandocunque postea homo decesserit, eum decedere post moram. Atque iidem concedunt, cum res debita post moram periit, non ad tempus litis contestatæ æstimationem reduci, sed ad tempus id moræ, quo res plurimi fuerit: admissuri multo magis idem, si promissor hominem occiderit post litem contestatam. Quod si volent promissorem ad iudicium iuste pervenisse et sine mora, ut fieri potest: *L. si quis solutioni, infr. de usur.* sic deinde hominem promissum periisse, etiam sine culpa eius: etsi hoc totum ineptæ divinationis est: tamen ut demus, illo revolventur, ut fateantur, tum promissorem ex regula iuris liberari, quia sine culpa eius res debita perierit. *d. L. quod te, supr. si cer. pet. d. L. si ex legati, L. si servum,* §. *sequitur, de ver. ob.* Ut proinde reus absolvi debeat, non in huius aut illius temporis æstimationem damnari. Ita nullum reperitur tempus, ipsis etiam auctoribus, quo æstimatio promissi hominis demortui ex tempore litis contestatæ spectetur. Et tamen ad eam sententiam refellendam satis erat docere, eam falsam esse in eum casum, quo Africanus intelligi voluit: cum scilicet ante moram et culpam promissoris res periit. Nunc cum in omnibus caussis falsa sit: magnæ socordiæ est, ne dicam inscitiæ, eam definitionem in genere statuere, quam separatim de singulis speciebus interrogatus, in omnibus repudies. Sed quid agerent, si ea sententia Africani est, ut quod circa stipulationem mutet, id mutet in omnibus prioris membri partibus? Recte: siquidem hæc esset Africani sententia. Sed quid necesse fuit id statuere: cum quod dicit, aliter in stipulatione servari, ut tempus litis contestatæ spectetur, commodissime referri possit ad ea tantum, quæ proxime præcesserant; ad ulteriora autem, quæ

erant

erant de hominis æstimatione, etsi orationis structura etiam referri potest, re tamen sine manifesto vitio non possit? Minime vero hæc Africani sententia est: quæ prius illi affingi non potest, quam hæc peccata illi impingamus, ut aut dicat, homine promisso sine culpa debitoris mortuo, debitorem adhuc teneri ad æstimationem, quæ spectetur ex tempore litis contestatæ; aut si non tenetur debitor aliter, quam si perierit homo post moram, ipse secum pugnet, et dicat tunc tempus litis contestatæ spectandum, ubi statim subiicit spectandum esse tempus moræ, ut moræ debitori noceat. Quorum prius cum aperte falsum et iniquum sit: posterius etiam vix sani hominis. Hæc Africano affingere, non est Africano ingenii et prudentiæ tribuere laudem interpretatione sua, sed illum pro imperito et obscuro nugatore traducere: quæ sane in talem auctorem non conveniunt, nec sine insigni iniuria illi impingi possunt. Non est igitur ex eius sententia, fatendumque, eum dicere tempus litis contestatæ in stipulatione spectari non longius, quam ut sciatur, an homine promisso mortuo utilis de eo actio sit, an non sit: de quo proxime in hominis soluti æstimatione dixerat. Denique in dissimilitudine ista stipulationis, quam ponit, non longius progredi, quam ut quod dicit, aliter in stipulatione servari, ut tunc spectetur tempus litis contestatæ, ad proximam partem de actione homine mortuo danda referatur. Quæ cum ita sint: constitutum iam nobis hoc erit, quod respondeamus de *L. hominem*, *mand.* Quemadmodum prior pars responsi de æstimatione hominis ad tempus contractæ obligationis referenda huic loco non obest: quia illic id dicitur de ea æstimatione quæ talis iam ab initio deducta est in obligationem; hic autem agitur de re debita, propter quam cum præstetur æstimatio, ipsa quoque obligationem rei debitæ sequi debet: sic nec obesse partem posteriorem, quia in ea non dicitur rem stipulatione promissam æstimandam esse, quanti est tempore litis contestatæ, cum de potestate eius rei petendæ, non de eius æstimatione agatur. De quo si recte respondimus: effectum est, neque eo loco, neque prioribus qui obiiciebantur, distinctionem et sententiam huius loci de re ex temporibus hic designatis æstimanda offendi, quominus ut verissima et æquissima sine hæsitatione recipiatur: et recipiatur sine exceptione in iudiciis omnibus tam bonæ fidei, quam strictis, et arbitrariis, ubi res certa iudicio petita erit, cuius vera æstimatio actori pro commodo eius præstanda sit.

Ait, et ideo si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum.) Sententia est multis locis, ut supra ostendi, tradita, eum qui rem quam debebat, deteriorem dedit, reddidit, non liberari. Sed sententia admodum anceps, et in qua vix quidquam certi aut veri haberi possit, nisi commode explicatur. Ita varie scriptum videtur in omnibus fere eius sententiæ partibus. Incidunt autem in eam sententiam tres summæ quæstiones. Qui enim dicit eum qui rem deteriorem dedit, non liberari, hoc dicere intelligitur, eum re ita data nihilominus de re adhuc teneri: et quia tenetur, etiam teneri aliqua actione. Unde quæstio triplex, an semper teneatur: et si tenetur, qua actione: tum qua de re teneatur. Ex quibus tertia planior est; de duabus prioribus et varie et obscure scriptum est. Nam qui ita rem dedit, dicitur non liberari, seu adhuc teneri; alias simpliciter et generaliter; alias cum exceptione; alias ita, ut in totum teneri negetur. Generaliter, ut cum dicitur cum eo qui rem commodatam aut depositam deteriorem reddit, adhuc agi posse: et additur ratio generalis, non videri rem redditam, quæ deterior reddita est. *L.* 3. §. 1. *infr. commod. L.* 1. §. *si res*, *infr. depos.* Cum exceptione, ut hoc loco, cum dicitur debitor non liberari, si servum post moram eluscatum dederit. Ut alibi, si ipse debitor servum eluscaverit, aliove modo deteriorem fecerit *L. qui sibi*, 33. §. 1. *infr. de sol. L. huiusmodi*, §. *ædes*, *infr. de legat.* 1. In totum denegatur actio, ut in stipulatione, si quis servum post moram deteriorem factum sine dolo malo dederit: ubi et vetus actio interit, et actio de dolo, non alia datur. *L. et eleganter*, §. *non solum*, *supr. de dol.* Rursum hoc concesso, debitorem qui rem deteriorem dedit, adhuc teneri, si quæratur qua actione: in eo hæc varietas est, quod alibi datur vetus actio, ut in bonæ fidei iudiciis; alibi, ut in strictis, actio de dolo; *d. L. et eleganter*, §. *non solum*, *de dol.* alibi actio in factum, ut in actione ad exhibendum, in *L. exhibitionis*, *C. ad exh.* Quæ varietas non modo nihil certi habere, sed etiam maxime secum pugnare videtur. Quocirca videndum, quam recte et consentanee hæc scripta sint: et quid in universum de tota hac re sit statuendum, quod non minus ad alios locos, in quibus eadem sententia attingitur, recte transferatur. Idque eo magis hoc loco vi-

de-

detur faciendum, quod tota collectio Ulpiani eius sententiæ argumento nititur. Sic autem commode res explicabitur: si ut superiora a me proposita sunt, ita de his ordine dicetur. Cum ergo quæritur, an debitor, qui rem deteriorem dedit, non liberetur, sed teneatur adhuc: sciamus non recte simpliciter dici non liberari, et adhuc teneri, sed certas esse in eo cautiones, conditionesve, extra quas definitio locum non habet. Fit enim non uno modo, ut qui ita dedit, liberetur. Unde conditiones contrarias totidem esse oportet, ut ne liberetur. Ita qui quæ sint hic ad liberandum caussæ, cognoverit, eadem opera de utroque cognoverit. Neque vero de eo qui non liberetur, nisi ex prioris illius cognitione statui potest: cum in hac specie non prius dicatur certo quis non liberari, quam constiterit nullas intervenire caussas ex his, quibus liberatio contingit. Proinde ex his de re tota statuatur. Ut liberetur, qui rem deteriorem dedit, accidit aut ex persona ipsius debitoris, aut creditoris facto, aut ex genere actionis quo res debe-
27 batur † Ex persona debitoris: si is fuit, qui ob rem deteriorem factam prius non teneretur. Is autem non tenetur, qui neque moram fecerat prius, quam res deterior fieret, neque ipse deteriorem fecit, neque cuius culpa deterior facta est in iis bonæ fidei iudiciis, in quibus debitor et diligentiam præstare debet. Sic enim regula iuris est, si prius quam per debitorem fieret, quominus daret, res debita perierit, debitorem liberari. Ac tunc per eum non fieri intelligitur, cum illa acciderunt, quæ ante dixi. *L. si ex legati, infr. de ver. obl. L. quod te, supr. si cer. pet.* De re quæ tota periit, hoc dictum est: sed exempli caussa, ut non minus ad eam pertineat, quæ facta est deterior. Illic enim totius rei damnum est; hic partis rei, aut utilitatis eius. Pariter autem damnum, quod in re debita contingit: cuius nomine ut teneatur aut liberetur debitor, eædem caussæ sunt. Ac ne hic hæsitetur, alibi generaliter traditum est, casus fortuitos, seu damna quæ casibus fortuitis accidunt, a nullo præstari, aut ut alibi, nullo bonæ fidei iudicio præstari. *L. contractus, in fin. infr. de reg. iur. L. quæ fortuitis, C. de pig. act.* Quod posterius idem valet, et omnia iudicia complectitur. Nam si hæc non præstantur etiam in bonæ fidei iudiciis: multo minus præstabuntur in strictis: cum iudiciorum bonæ fidei plenior sit obligatio, nec tam liberatio facilis, ut postea intelligetur ex *L. et eleganter, §. non solum, supr. de dol.* His conditionibus si damni nomine non tenetur debitor: fit, ut rem non aliam debeat, quam qualis nunc est, cum est deterior. Quod si non debet: sequitur, ut cum talem dederit, in totum de re liberetur, quia solvit, quod debuit: ultra quod nec si vellet creditor, exigere potuisset. Solutione eius quod debetur, omnis obligatio tollitur. *Inst. quib. mod. toll. obl. in pr.* Hinc si de obligatione debitoris in hac re ex persona eius statuere volumus: licet intelligere, ut is re deteriore data non liberetur, exigendum esse, ut is fuerit, qui prius ob deteriorem factam teneretur. Quod ita fit, si aut ab eo res facta sit deterior; aut alieno quidem facto, sed post eius moram. Utroque enim modo pariter evenit, ut per eum fieri intelligatur, quominus rem integram daret. Atque hinc etiam illæ conditiones additæ diversis in locis. De mora debitoris hoc loco: *si quis post moram servum eluscatum dederit.* De facto debitoris alibi: veluti, *si debitor servum vulneraverit*, et similia, quibus res deterior efficitur. *L. qui sibi, 33. §. 1. infr. de sol. L. huiusmodi, §. ædes, infr. de legat. 1. L. Mævius, §. in fundo, infr. de legat. 2.* Singulæ quidem conditiones singulis locis ideo, quia per se singulæ ex persona debitoris sufficiunt; non autem ut una alteram excludat, quasi qui moram adiicit, hanc præcise requirat, et reiiciat debitoris factum sine ipsius mora; aut qui de facto eius dicit, sic id requirat, ut sine eo mora nihil obsit. Imo ex unius adiectione altera intelligatur: quia ad perpetuandam obligationem pariter idem valeat mora, et factum debitoris. Unde regula iuris ita concepta, Culpa perpetuat obligationem. *L. si servum, §. sequitur, infr. de ver. obl.* ac verbum *culpæ* utrumque illud hic continet. *d. L. si servum, in pr. et §. sequitur.* Sed ut unum sufficit, ita plane, ut dixi, alterum exigitur. Quid est ergo, quod simpliciter dicitur in *L. 3. §. 1. commod.* non videri, atque adeo proprie non esse rem commodatam redditam, quæ deterior reddita est, nec ulla ex superioribus conditionibus adiicitur? Et hoc sic interpretandum est: non videri rem redditam, quæ reddita est deterior quidem; non tamen deterior, quam accepta est, sed deterior, quam reddi debuit ea actione: ut hoc, *deteriorem reddi*, cum ex comparatione alicuius præcedentis rei dicatur, referatur non ad tempus contractæ obligationis, sed ad id, quod ex ea obligatione fieri debuit. Quod optimo sensu ab Ulpiano dici-

dicitur. Significat enim, si res iure obligationis reddi non debuit deterior, non ideo pro reddita habendam esse, neque ideo commodatarium eo nomine liberari, si eam naturaliter accipienti creditori reddiderit. Eodem modo intelligendum, quod de re deposita scriptum est in *L.* 1. §. *si res*, *infr. depos.* si res deposita deterior redditur, quasi nec reddatur, agi depositi posse. Item, cum deterior redditur, posse dici dolo malo redditam non esse. Recte utrumque, dum intelligatur reddi res deterior, quam a depositario iudicio depositi reddi debuit: quod fit, cum eius dolo res deterior facta est. *L.* 1. §. *ult. infr. depos.*

Sit ergo prima hæc cautio, qua debitor rem deteriorem dando non liberetur, si et ante integram debuit, perpetuata adversus eum obligatione: dum aut culpa eius, aut post eius moram res deterior facta erit. Aliter debitoris detrimentum non est: et qui ante rem redditam aut datam damni incidentis nomine non tenebatur; sine subio re data et a creditore accepta non tenebitur: cum semper plus sit, quod obiici possit creditori, qui solutionem admisit, quam qui non admisit. Atque hæc ex persona debi-
28 toris. † Sed etsi res deterior facta sit post debitoris moram, aut culpa eius: est tamen etiam in facto creditoris, quamobrem debitor deteriore re data interdum liberetur. Quod contingit, si creditor, cum non ignoraret rem a debitore, aut post moram eius deteriorem factam reddi, volens acceperit. Unde rursum, quod dicitur debitorem, qui servum post moram, aut ab ipso deteriorem factum dederit, non liberari, sic accipiendum est: si creditori vitium rei aut debitoris culpam ignoranti solverit. Hoc Accursius scripsit hoc loco; sed nihil ad probationem attulit, et in eo ut in sententia parum certa non perseverat. Bartolus admittit, et tentat probare; sed nihil adfert satis idonei ad eam rem. Profert enim eas species, in quibus debitor, qui exceptionem habet, si se habere sciens, ea contempta, ultro solvat: placet eum non posse solutum repetere. *L. pen. supr. de cond. ob. tur. cau. L.* 2. *C. de his, quæ vi met. cau ges. sunt.* Sed ideo in his caussis debitor repititionem non habet, quia nec ab initio habuit, ideo quia noluit. Sciens enim se non teneri qui solvit, donare voluit: quam ob caussam solutum non repetit. *L.* 1. *supr. de cond. ind. L. cuius per errorem*, *infr. de reg. iur.* Hic agimus de eo creditore, quem constat prius actionem habuisse, ut sibi res integra præstaretur: de quo quæritur, an actionem remiserit, solutum accipiendo. Id vero prima fronte non liquet. Certe superioris exempli argumento non probatur: cum in eo appareat, eum qui solvit, hoc ipso donare voluisse: quod sciens se nullo iure cogi rem dedit. Id enim donatur, quod nullo iure cogente conceditur. *L. donari*, *infr. de reg. iur.* Nihilominus tamen et hoc verum est, cum creditor rem deteriorem factam, et culpam debitoris in eo non ignorans, rem talem a solvente accipit, debitorem liberari. Re enim deteriore data, necesse est in eo datam videri, aut eam quæ debebatur, aut aliam. Si quæ debebatur: ideo liberatur debitor, quia solutione eius quod debetur, omnis obligatio tollitur. *Inst. quib. mo. tol. obl. in pr.* Si aliam (ut aliam esse necesse est, si res non videtur reddita, quæ deterior redditur. *L.* 3. §. 1. *commod.*) tamen etiam hic ideo liberatur, quia volenti solvit. Toties enim res pro re soluta liberationem præstat, quoties volenti solvitur, et fit in solidum accipientis. *L. si quis aliam*, 46. *infr. de solut.* Imo vero etsi alienam sciens acciperet, tamen et debitorem liberaret, et ne evictionis quidem nomine haberet actionem. *L. si fundum*, *C. de evict.* Denique qui rem aliquam, qualis est, solutionis nomine accipit sciens, ei voluntate sua satisfit, ac satisfactio pro solutione est. *L. satisfactio*, *D. de solut.* Non adversantur hi loci, in quibus simpliciter dicitur, eum qui eluscatum, vulneratum, aut aliter deteriorem a se, aut post moram factum servum accipienti dederit, non liberari, ut hic, *et L. et eleganter*, §. *non solum*, *supr. de dol. L. qui sibi*, §. 1. *infr. de sol. L. huiusmodi*, §. *ædes*, *infr. de legat.* 1. Item non videri rem redditam, quæ deterior reddita est, eoque et veterem actionem durare. *L.* 3. §. 1. *infr. commod. L.* 1. §. *si res*, *infr. dep.* Hoc enim omne sic accipiendum est, ut dicitur in *d. L. qui sibi*, §. 1. *de sol.* ut nemo qui rem deteriorem dedit, , reddidit ideo dando liberetur: idest, ideo liberetur, seu liberetur hoc solo, quia hanc rem dedit, datam creditor accepit. Quod et verum est, et simpliciter recte dicitur, atque adeo recte in ea specie, de qua agitur. Neque enim qui deteriorem scienti dedit, ideo liberatur, quia dedit; sed quia creditori satisfactum est: seu quia voluntas et consensus creditoris accessit: qui consensus satisfactionem habet. Ita satisfactio debitorem liberat, non debitoris datio, aut acceptio credi-

di-

ditoris. Satisfactum volenti creditori hinc apparet, quod debitor rem dans solutionis caussa, ita dat, ut eo facto obligatione liberetur: id enim solutio significat. Hoc autem modo accipiens creditor, si non errat, in eandem conditionem accipere, et contentus esse intelligitur. Arg.
29 in *L. si creditores*, *C. de pact.* † Postremo ex genere etiam actionis accidit nonnunquam, ut qui rem deteriorem dedit, liberetur, quamvis superiora illa concurrant, quæ ad retinendam obligationem rei deterioris datæ facere diximus: idest, quamvis debitor ob deteriorem factam prius teneretur, et ipse eam ignoranti dederit. Id receptum est in strictis iudiciis, puta stipulatione, si debitor rem promissam deteriorem sine dolo malo dederit: quod fit, dum aut deteriorem esse ignorat, veneno puta ab aliis ei dato, quod nondum apparet; aut ut heres, iuste ignorat, utrum res talis promissa sit, an talis facta postea; et si postea, utrum casu id acciderit, an defuncti culpa, vel post eius moram. Colligitur id ex eo, quod scriptum est in *L. et eleganter*, *§. non solum*, *supr. de dol.* Ubi si is qui servum debebat ex stipulatu, venenum ei dederit, et sic eum tradiderit: placet sic eum actione ex stipulatu liberari, ut sit adversus eum de dolo, et ita de dolo, ut hæc sit necessaria. Quo aperte significatur, si dolus aberit a debitore, sic eum liberari, ut nulla sit plane adversus eum actio. De actione ex stipnlatu convenit inter omnes hanc non dari. Sed vulgo putant saltem in factum competere: quia in simili specie hæc detur in *L. exhibitionis*, *C. ad exhib.* Quod et ipsum natura actionis de dolo satis refellitur. Nam si esset ulla actio alia, quam ex stipulatu, quæ competeret adversus debitorem, tunc cum sine dolo malo servum veneno corruptum dedit: ea daretur etiam adversus eum tunc, cum vitium non ignorans servum dolo, tradidisset. Quandiu enim alia actio etiam in factum civilis aut honoraria, atque adeo quamdiu aliud remedium de re aliqua esse potest, tandiu actio de dolo, non datur. *L. 1. in pr. et §. ait*, *prætor*, *supr. de dol.* At dolo admisso datur de dolo. Unde intelligitur tunc saltem aliam actionem etiam in factum non dari. Proinde nec dolo remoto in eadem specie ulla actio etiam in factum dabitur. Et omnino qui de re deteriore soluta actionem de dolo dat, is in ea caussa, non tantum dolo admisso, sed etiam extra dolum omnem aliam actionem removet. Atqui adversus eum, qui in ea solutione nihil dolo fecit, constat de dolo actionem esse non posse. *L. 1. de dol.* Quod si nec de dolo est, nec alia ulla competit: fit, ut nulla: ac proinde ut ea solutione debitor plane liberetur. † Attamen saltem 30
actionem in factum hoc casu quis esse dixerit. Nam si quis in actione ad exhibendum rem exhibere iussus, eam deteriorem exhibuit, scriptum est in *d. L. exhibitionis*, *C. ad exhib.* si is facultatem habens, culpam vel dolum in explendo præcepto committat, æquitatem exhibitionis perficere, ut quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio adversus eum detur. Sed in ea specie omnia dissimilia: quibus efficitur, ne propter id rescriptum superior sententia in strictis iudiciis mutari debeat. Nam illic et de eo agitur, qui dolo rem deteriorem exhibuit: et ut posset locus accipi de eo, qui solum culpam in eo admisit; tamen quod in actione ad exhibendum dicitur, ad rem ex stipulatu debitam transferri non debet. Dico primum neminem posse in explendo præcepto exhibendi culpam committere, rem deteriorem exhibendo, nisi qui idem dolo malo deteriorem exhibeat. Nam si res ab ipso deterior facta est: aperte dolum committit et in re deteriore facienda et in exhibenda. Si ab alio post ipsius moram, siquidem scit tum deteriorem factam: et hic quoque dolo exhibet, qui sciens talem exhibet, quam integram exhibere debuit. Si ignorat, et exhibet ut scit, et potest: non sane dolum committit ita exhibendo; sed tum ne culpam quidem. Non quod non dici possit, culpam in eo commissam, quod moram fecit, ac per hanc culpam factum esse, quominus præceptum iudicis de exhibendo recte expleret; sed quod in ipsa exhibitione rei deterioris nihil culpa fecit, qui exhibuit, qualem potuit, nec putavit, aut caussam habuit cur putaret se aliam exhibere debere. Itaque in d. *L. exhibitionis*, aut illa verba, *culpam vel dolum*, sic accipienda sunt: quasi pro eodem posita sint, ac posterius subiectum sit prioris explicandi caussa: aut culpam solam commissam in præcepto exhibendi non explendo sic debemus interpretari: ut culpa in eo sit, quod res cum esset integra, non sit exhibita, non etiam quod culpam suam debitor sciens nihilominus rem deteriorem exhibuit: nam alioqui et in ipsa exhibitione dolus inesset. Sed ut dederim in ista rei deterioris exhibitione culpam admitti posse sine dolo: tamen idem dico, quod in actione ad exhibendum dictum est, ad actionem ex sti-

pulatu transferri non debere. Actio ad exhibendum arbitraria est. §. *præterea*, *Inst. de act.* Finitima igitur bonæ fidei iudiciis: cum et in hoc genere, ut in illo, potestas sit iudici rem ex bono et æquo æstimandi. *d.* §. *præterea*, §. *in bonæ*, *de act.* Hæc æquitas iudicii facit, ut qui rem deteriorem exhibet, licet culpa, non tamen liberetur; sed aut vetere actione teneatur, si potest; aut si non potest, directa, quia rem iam ante satis exhibuit, teneatur utili, quæ illic appellatur in factum: de quo postea nonnihil amplius. Et hoc est, quod in *d. L. exhibitionis*, cum dicitur, eum qui culpa aut dolo rem deteriorem exhibet, actione in factum teneri: non simpliciter dicitur, sed adiicitur, *æquitatem exhibitionis*, idest, iudicii ad exhibendum, in quo æquitas dominatur, *id perficere*. Dissimilis natura strictorum iudiciorum, quæ si in hac liberatione recte separantur a bonæ fidei iudiciis propter iudiciorum æquitatem, ut postea dicemus, cum de genere liberationis agetur: recte fit, si eadem ratione æquitatis distinguuntur eodem modo ab arbitrariis. Actione in factum detracta adversus eum promissorem, qui sine dolo malo rem deteriorem dedit: si neque actione de dolo tenetur, qui dolum non admisit, neque vetere actione ex stipulatu, quam sublatam esse placuit: (quamobrem, de eo postea) sequitur, quod dixi, eum qui in hoc genere actionis ita rem deteriorem dedit, omnimodo liberari. Nihil dicitur adversus hanc sententiam aut in hac *L.* 3. *de cond. trit.* aut locis similibus, in quibus traditur, debitorem rem deteriorem dando liberari; nec quidquam de dolo dantis exprimitur. Aut enim id respondetur in bonæ fidei iudiciis, veluti commodato, deposito. *L.* 3. §. 1. *infr. commod. L.* 1. §. *si res dep.* Quibus in iudiciis nec vetere actione liberatur, qui rem quam integram debuit, deteriorem reddit, ut postea dicetur; aut respondetur in actione ex testamento, quæ in hac re superioribus similis est: *L. huiusmodi*, §. *ædes*, *de legat.* 1. *L. Mævius*, §. *in fundo*, *de legat.* 2. aut si dicitur in strictis iudiciis, dicitur nominatim de eo promissore, qui aut ipse rem deteriorem fecit, ut in *d. L. et eleganter*, §. *non solum*, *supr. de dol. L. qui sibi*, §. 1. *infr. de sol.* aut servum forte ab alio eluscatum dedit, eluscatum tamen post moram suam, ut hoc loco. Quorum nihil facile ignorare debitor potuit: ut si in hac scientia rem deteriorem ignoranti creditori dedit, nihil dici possit, cur non dolo dederit. Atque hinc rursum intelligitur, qua conditione pro genere actionis dicendum sit, debitorem, qui rem deteriorem dederit, non liberari. † Quæ si omnia in unam definitionem conferantur, 31
recte ita dicemus: si debitor rem deteriorem dederit, eum non liberari, ex bonæ fidei quidem iudicio his conditionibus duabus: si et ipse ob rem deteriorem factam prius tenebatur, et eam ignoranti dedit; ex stipulatu autem, si ad superiores conditiones hæc etiam accedat, ut dederit ipse sciens et dolo malo. Cæterum si aut non tenebatur prius eo nomine; aut scienti et volenti dedit; aut actione ex stipulatu debitam dedit ignorans et sine dolo: singula sunt eiusmodi, ut in his omnibus liberetur, neque tamen in iis quidquam aut huic loco aut similibus contrarium dicatur.

Postquam debitorem, qui rem deteriorem dedit, supra scriptis conditionibus non liberari constat, sequitur, videamus, qui adhuc tenetur, qua actione teneatur: de quo et ipso, ut dixi, varie scriptum est. Et ut in liberatione ipsa, sic in modo liberationis distinguuntur in hac specie iudicia bonæ fidei, et his quædam similia a strictis. † Qui rem bonæ fidei iudicio, puta ex venditione, aut depositi caussa, de- 32
bitam vitio suo deteriorem ignoranti tradit, is nullo modo, ac ne vetere quidem actione liberatur. Ideo vetus actio creditori integra est, qua nihilominus de eadem re recte, ut ante, experiatur. *L. et eleganter*, §. *non solum*, *supr. de dol. L.* 1. §. *si res*, *infr. dep.* Quod respondetur hac ratione, quia non videatur eadem res tradi reddive, quæ deterior quam debuit, traditur. *L.* 3. §. 1. *infr. commod. L.* 1. §. *si res*, *depos.* Idem receptum in re legata. Ut si homo legatus ab herede vulneratus, aut debilitatus datus sit: placet ita non liberari heredem, ut duret adhuc ex testamento actio, qua recte agatur. *L. huiusmodi*, §. *ædes*, *infr. de legat.* 1. *L. Mævius*, §. *in fundo*, *infr. de legat.* 2. Actio quidem ex testamento stricti iuris est: *L.* 5. *vers. plane*, iuncta *L. alias seq. supr. de in lit. iur.* sed ea, cui fere ea tributa sint, quæ actioni bonæ fidei, cum agitur de coercendo herede, quo voluntati heredis citius pareat, ut declaratur in *L. in minorum*, *C. in quib. caus. in integ. rest. nec. non est.* et hoc propter favorem supremarum voluntatum, quas publice expedit exitum habere. *L. vel negare*, *infr. quem. test. ap. L.* 1. *C. de sacros. eccl.* † Alia conditio actionum stricti 33
iuris, excepta actione superiore ex testamen-

mento. Nam qui hominem ex stipulatu debitum culpa sua deteriorem ignoranti dedit, non alia actio in eum datur, quam de dolo. Certo argumento, eum actione ex stipulatu priore semper liberari: quia si hæc maneret, non esset de dolo. Hoc in *d. L. et eleganter*, §. *non solum*, *supr. de dol.* An non ergo iam id contrarium huic loco, in quo generaliter definitur: *si quis post moram servum eluscatum dederit*, *nec liberari eum*? Minime. Aliud est enim non liberari aliquem actione; aliud simpliciter non liberari. Liberatur quidem promissor vetere actione ex stipulatu; at simpliciter non liberatur, qui de eadem re adhuc tenetur. Teneri autem volumus, si non priore actione, at certe de dolo, quod ad retinendam eiusdem rei obligationem sufficit. Sed videndum, quam recte in hac liberatione iudicia ista distinguantur. Quod quidem nullo modo fieri posse videtur, cum quod de uno genere statueris, eiusmodi sit, quo diversa sententia ut contraria in altero evertatur. Cur enim dicitur, in bonæ fidei iudiciis non liberari eum ullo modo, qui rem deteriorem dedit, puta emptam tradidit, commodatam aut depositam reddidit? Nempe ideo, quia proprie dicitur res non reddita, quæ deterior redditur, ut est in *d. L.* 3. §. 1. *infr. commod. L.* 1. §. *si res*, *infr. dep.* Si hoc ita est: licet et de re promissa idem dicere, non videri videlicet servum promissum dari, qui deterior datur. Quod si non datur: quid superest, nisi ut dicamus idem, quod supra: nimirum non soluto eo, quod promissum est, idem adhuc deberi, et veterem actionem quæ stipulatione sublata non sit, semper manere? Et plane hoc consequens est. Dices non ita esse, ut proprie videatur res non reddita, quæ deterior redditur: et vere non ita est. Servus enim vulneratus aut debilitatus, etsi non eadem qualitate aut constitutione corporis, nihilominus idem est servus, qui prius fuerat, quique ante debebatur: quia cuius rei species eadem consistit, res quoque eadem existimari debeat, quamvis sæpe commutatis partibus, ut eleganter disserit Alfenus in L. *proponebatur*, *supr. de iud.* Quo fit, ut qui promissum hominem deteriorem dedit, secundum regulas iuris liberetur: quia *solutione eius quod debetur*, *obligatio omnis tollitur.* Inst. *quib. mod. tol. obl. in pr.* At isto modo conantes liberationem superiorem in strictis iudiciis statuere, negamus de re deteriore, quod prius de ea affirmabamus. Dicebamus enim non videri rem dari, quæ deterior data esset. Nunc contra dicimus hanc ipsam nihilominus datam videri, et inde contingere liberationem. Quæ cum in eadem re dicantur, quocunque in iudicio dicuntur: tamen aientia et negantia videri necesse est, quæ simul vera esse non possint. Et essent eiusmodi re vera, si uno modo diceretur res deterior in his iudiciis eadem, aut non eadem.

Sed sciendum est, unam † eandemque rem debitam, quæ deterior facta sit, recte dici et eandem, quæ in obligationem deducta sit, et rursum non eandem, diversis rationibus: quarum rationum una spectetur in bonæ fidei iudiciis, altera in strictis, natura earum actionum ita exigente. Corpus ipsum et speciem si spectamus, eadem res est, etiam quæ est deterior. Utilitate atque usu si rem æstimamus proprie non est eadem. Prius spectamus in stipulationibus: corpus dico et speciem rei promissæ, utilitate semota: quia in his tantum debetur, quantum verbis comprehensum est. *L. quia*, *supr. de neg. gest.* §. *ult. Inst. de ob. ex cons.* Stichus autem aut fundus certus tantum promissus hic proponitur. Ideo fundo promisso, placet fructus non venire, ne post moram quidem. L. 3. §. 1. *infr. de act. em.* L. *videamus*, §. *si actionem*, *infr. de usu.* In bonæ fidei iudiciis utilitatis rei etiam ratio habetur: quia est ex bona fide, quia ex æquo et bono: cuius in his iudiciis præcipue ratio ducitur. Unde in his etiam fructus ex mora accedunt, atque adeo etiam usuræ; aliter atque in actione ex stipulatu. *L. mora*, §. *in bonæ. L.* 3. *infr. de usu.* Si quid autem est in utilitate rei, est eius æstimatio, quæ re deteriore facta minuitur. Hæc ratio diligenter notanda est: quæ animadversa etiam discrimen illud expediet, quod iam ante inter hæc iudicia in liberatione rei deterioris solutæ ostendimus: ut diceremus in bonæ fidei iudiciis, si debitor rem sua culpa deteriorem reddidit, et sine dolo malo, tamen eum non liberari; in strictis iudiciis contra, ex *L. et eleganter*, §. *non solum supr. de dol.* Quippe in illis post moram utilitatis ratio habetur. *L. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, *infr. de act. em.* Ea utilitas si spectatur: iam dixi non videri rem reddi, quæ deterior redditur. Quo fit, ut nec sequatur ulla ex parte liberatio. In strictis autem iudiciis sola res debetur; utilitas non venit, ne ex mora quidem. *d. L.* 3. §. 1. *de act. em.* Quæ res rursum facit, ut si res deterior data sit, quocunque animo data sit, liberatio contingat: quia solutum est, quod debebatur.

tur. Reo autem vetere actione liberato, non potest is de eadem re actione nova teneri, nisi sit de dolo. Finge dolum a solvente abesse: dicendum erit, eum actione ex stipulatu, qua prius tenebatur, liberatum, in totum liberari. Nullane ergo alia erit actio, quæ in hac specie detur adversus eum, qui deteriorem rem solvit, quam aut vetus, ut in bonæ fidei iudiciis, aut in strictis de dolo? Apparet ex superioribus, in actionibus in personam nullam esse: cum necesse sit rem quæ deterior data est, videri aut non datam, aut datam esse: ac priore casu maneat vetus actio; posteriore tollatur: eaque sublata nulla supersit actio, nisi de dolo adversus eum, qui decepit.

35 Quid est ergo, quod † vetere sublata in eadem re, datur in factum, in *L. exhibitionis*, *C. ad exh.*? In actione ad exhibendum id placuit adversus eum, qui exhibere iussus rem deteriorem culpa sua aut dolo exhibet. Ut actio ad exibendum arbitraria est, §. *præterea*, *inst. de act.* idest, interiecta inter actiones bonæ fidei et stricti iuris: §. *actionum autem*, *et d.* §. *præterea*, *de action.* ita non abs re in ea circa hanc speciem media quædam via inter superiores actiones electa est, ut neque hic reus plane teneretur vetere actione, ut ante: neque rursum plane liberaretur, quamvis non nisi culpa, non etiam dolo rem deteriorem exhibuisset. Commune hoc cum strictis iudiciis in eo rescripto observare licet, quod si exhibere iussus rem deteriorem exhibet, quamvis non culpa tantum, sed etiam dolo id faciat, tamen placet amplius ad exhibendum agi non posse: ut intelligamus reum vetere actione, qua cum eo actum erat, liberari: quod non alia ex re fit, quam qood exhibita res videtur, quæ petita est, quamvis exhibita sit deterior. At rursum vi ipsa non liberatur: placet enim reum exhibitionis necessitate adhuc teneri, ut rescriptum loquitur, etsi culpa non exhibuerit rem integram: sed et ita teneri, ut nec de dolo actio sit necessaria, quamvis dolo malo deteriorem exhibuerit. Quod iam illi actioni cum iudiciis bonæ fidei commune est: in quibus qui deteriorem rem dat, tenetur absolute, etsi culpa id faciat: et si de actione quæritur, tenetur alia, quam de dolo. *d. L. et eleganter*, §. *non solum*, *supr. de dol.* In quo ergo media ista via est, quam dicimus, aut quomodo inter ista convenit, ut eum, qui deteriorem rem iussus exhibet, liberatum vetere actione dicamus, et simul non liberatum? Medium in eo est, quod neque vetere actione ad exhibendum tenetur, ut in bonæ fidei iudiciis, neque rursum de dolo, ut in strictis; sed est actio in factum, qua plane idem consequitur etiam tunc, cum reus *in explendo præcepto iudicis culpam tantum commiserit.* Non tenetur vetere actione: quia subtilitate iuris, et vi verborum res petita exhibita est, cuius corpus et species exhibita est, etsi deterior. Quam rationem in hoc iudicio aliquo modo spectari, naturæ actionis convenit: non enim bonæ fidei est, ut omnia plane contemptis verbis, et subtilitate iuris ex bono et æquo æstimentur. Rursum tamen est in factum actio, quæ idem præstet, etiam superiore conditione: quia etsi summo iure liberatur, qui ita rem exhibet, æquitatis tamen ratio aliud suadet, quæ vult aliam rem videri, quæ utilitate et æstimatione alia est. Atque hanc æquitatis rationem actionis ad exhibendum natura ex parte admittit: quippe quæ, ut dixi, arbitraria est. In quo genere si non per omnia eadem potestas iudicis est, quæ in bonæ fidei iudiciis: at certe est hactenus, ut in his quam proxime res ex bono et æquo pendatur. *d.* §. *præterea*, *Inst. de act.* Hanc caussam esse exhibitionis necessitatis retinendæ, et huius actionis dandæ eodem effectu, eo rescripto aperte declaratur. In quo diserte scriptum est, quod actione ad exhibendum sublata, saltem actio in factum datur etiam adversus eum, qui culpam in explendo præcepto committit, eo fieri: quia *æquitas exhibitionis id exigat*: exhibitionis, idest, actionis ad exhibendum, qua exhibitio petitur et iniungitur. Est enim, ut dixi arbitraria: quod genus istam æquitatem postulat. *d.* §. *præterea. L. 4.* §. *ult. in fin. infr. de eo*, *quod cer. loc.* At unde hæc actio in factum adversus eum, qui dolo nihil fecit, cum in eo neque contraxerit cum actore, neque deliquerit id, unde actio ex sententia legis Aquiliæ nasceretur? quid enim, si damnum datum est ab alio? Est actio in factum ex eadem caussa, ex qua ad exhibendum. Imo vero hic non alia actio intelligi debet, quam ad exhibendum: ne quis alias caussas huius actionis requirat. Actio illa quidem non directa ad exhibendum, at utilis: in personam tamen, non ex possessione adversarii nascens, ut directa; sed ex eius facto, idest, ex eo, quod is male exhibuit. Directam non esse significatur, cum dicitur ad exhibendum agi non posse. Actio enim ad exhibendum directa est. At ad exhibendum saltem utilem competere necesse est, si adhuc reus exhibitionis necessitate te-

tenetur, ut vult rescriptum, et propter æquitatem iudicii alia datur, quam vetus. Ea enim utilis est, quæ vetere deficiente, stricto iure propter æquitatis rationem datur, ut est in *L. pen.* quæ sequitur, *d. L. exhibitionis*, *C. ad exhib. L. cum res*, *C. si al. res pig. dat. sit.* Non moveor, quod simpliciter dicitur agi hic non posse ad exhibendum, non autem directa ad exhibendum; et dari actio in factum, non autem
36 actio utilis. † Nam ita usus iuris est, ut actio depositi, ex empto, ad exhibendum, et similes absolute dicantur, quæ sunt directæ, non quæ utiles: quæ autem utilis est actio, ea sæpe dicatur in factum. Quod clarius intelligitur in actione legis Aquiliæ, seu damni iniuria ex lege Aquilia. Hæc enim multis in caussis simpliciter competere negatur, in quibus datur ex sententia eius legis in factum, seu utilis. Ubi apparet legis Aquiliæ actionis verbo non aliam intelligi, quam directam, quæ actioni in factum, et utili opponitur: ut in *L. item Mela*, §. *item cum eo*, L. *si servus*, §. *si quis infr. de manumis.* L. *si servum*, §. *ult. supr. ad leg. Aq.* Quod attinet ad utilem actionem, et in factum, quæ non ex verbis, sed ex sententia eius legis dantur: etsi hæc subtiliter distinguuntur interdum, ut in §. *ult. Inst. de leg. Aq.* tamen frequentius confunduntur hæ appellationes apud veteres: et quæ ibi dicitur utilis, ubi quis non corpore suo damnum seu damni caussam dedit, ea non minus alibi dicitur in factum in iisdem caussis, ut in L. *item Mela*, §. 1. L. *si servus*, *in fin.* L. *quemadmodum*, §. *si navis*, *in fin.* L. *si quis fumo*, *in pr.* L. *boves*, *supr. ad* L. *Aq.* Et generaliter ita scriptum est in L. *si servum*, §. *ult.* eod. tit. *In damnis quæ lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.* Ubi clarum est, *lege Aquilia non teneri* dici, qui non tenetur actione legis directa; verbo autem actionis in factum contineri omnes, quæ dantur ex sententia eius legis, etiam quæ dicuntur utiles in *d.* §. *ult. de leg. Aq.* Ac ne res auctoritate egeat, quam actionem in factum Ulpianus vocat in L. *si vero*, §. *si filio*, *infr. mand.* hanc Africanus in eadem specie utilem mandati appellat in L. *quidam*, 46. *infr. de hered. inst.* Ne sit igitur novum in *d. L. exhibitionis*, actionem in factum dici, quæ sit utilis: atque hanc intelligi, quæ sit ad exhibendum: cum et hoc, ut dixi, verba rescripti ostendant, cum dicatur reus et post exhibitionem rei deterioris teneri necessitate exhibitionis, et ad eam rem detur illa actio in factum. Quoniam autem datur hæc actio æquitate iudicii suadente, etiam ob culpam eius, qui rem deteriorem exhibuit: recte visum est, eandem actionem generaliter in hac caussa proponi, ut sit etiam adversus eum, qui dolum in ea exhibitione admisisset, non autem actio de dolo. Nam quamdiu alia actio esse potest vel utilis, seu in factum, tandiu de dolo non competit, *L.* 1. §. *ait*, *supr. de dol.*

† Restat, videamus, cum re deteriore data non liberabitur debitor; sive tenebitur vetere actione, ut in bonæ fidei iudiciis, et actione ex testamento, sive de dolo, ut in stipulatione; sive in factum, ut in actione ad exhibendum re deteriore exhibita: qua de re et ad quid actio competat. Et cum perinde habeatur, quasi res data, reddita, exhibita non esset: perspicuum est, actionem esse in hoc, ut eadem res adhuc peti possit. Id enim fieret, si res quæ debetur, data omnino non esset. Quod et indicatur in *L.* 1. §. *si res*, *infr. dep. L. etiam*, *infr. de sol.* Sed petitio huc spectat, ut actor consequatur, quod sua interest: quod si præstatur, reus absolvendus est. *L.* 3. §. 1. *infr. commod.* Proinde si in totum interest, rem non habere, ut quia venenum servo datum est, fundus legatus ab herede religiosus factus: totius rei præstabitur æstimatio. Quæ refertur ad id pretium, quo potuit antequam res deterior facta est, æstimari. *L. Mævius*, §. *in fundo*, *infr. de legat.* 2. Sin rei æstimatio imminuta est tantum, non usus ademptus: ad hoc solum proficiet actio, ut præstetur, quo res deterior facta est. Quo præstito, absolutio sequetur, ut hic significatur in *versic. præcedenti*, et in *d. L.* 3. §. 1. *commod.* 37

Ad L.



Ad L. Si res. ult.

Cajus *lib.* 8. ad Edictum provinciale.

Si *res aliqua*, quæ certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, *frumentum*: tanti litem æstimandam, Cassius ait, quanti fuisset eo die, *quo* dari debuit. Si de die nihil convenit: quanti tunc cum iudicium acciperetur. Idemque iuris in loco esse: ut primum æstimatio sumatur eius loci, quo dari debuit: si de loco nihil convenit: is locus spectetur, quo peteretur. Quod de cæteris rebus eiusdem iuris est.

RESponsum plane idem, quod in *L. vinum, supr. si cert. pet.* Ita quod de eius sententia illic dictum est, etiam de huius dictum est.

HUGO-



HUGONIS DONELLI
JURISCONSULTI
C O M M E N T.
AD TIT. DIG. DE EO QUOD CERTO LOCO DARI OPORTET.

S U M M A R I A.

1. De eo quod certo loco, *ubi*; *et cur propria actio*, *et cur titulus inter condictiones.*
2. *Quæstiones de eo quod certo loco propriæ*; *quæ magis ad judicium recte instituendum pertinent.*
3. *Hic titulus cur postremus inter condictiones.*
4. *Tituli partitio*, *et summa.*

QUOD CERTO LOCO dari promissum est (nam de huiusmodi conventione magna ex parte hic agitur. *L.* 1. *L.* 2. §. 1. *infr. eod.*) de eo condictio est. Si certum promissum: certi, et extra pecuniam numeratam triticiaria, si incertum: triticiaria. Et si quidem eo loco petatur, quo promissum est, non est nova actio, diversa ab eo, quæ ex omnibus aliis stipulationibus certis aut incertis competit: si quidem hoc modo petitur id, quod promissum est, et ita ut promissum est. Ut si de eo tantum hic ageretur, nihil necesse esset novam tractationem de hac stipulatione, deque actione quæ inde datur, instituere; sed sufficeret rem remittere ad condictionem certi, de qua actum est sub *Tit. si cer. pet. L. certi*, et ad condictionem Triticia-
1 riam, de qua in L. 1. *supr. prox. tit.* † Sed si petatur promissum alio loco: quemadmodum placuit utilitatis caussa, etiam in eum locum actionem dari; ita æquitate cogendum visum est novam dari: novam non genere actionis, quia et hic certi condictio est, certis rebus promissis; aut Triticiaria, incertis: sed actionis qualitate, quia hic datur et utilis et arbitraria. *L.* 1. *L.* 2. *in pr. hic.* Quamobrem et in hanc partem actio proprium tractatum desiderat. Quod ergo hic propria actio constituta est, hinc et de ea actum separatim. Quod autem et hæc actio condictio est, hinc factum, ut de ea ageretur in hoc argumento condictionum: communione nominis hanc actionem cum præcedentibus coniungente. Quæ una esse videri potest huius tituli hoc
loco collocandi caussa. † Nam si rem de 2
qua agitur, et caussam actionis spectamus, nihil hic res et genus caussæ cum præcedentibus generibus habet commune: magisque tota hæc quæstio atque hic titulus ad iudicia seu ad judicium recte instituendum, quam ad contractus et obligationes pertinet. Quod initio intelligi, ut ad rem ipsam, ad argumentum atque usum hujus tituli cognoscendum conducet: ita efficiet, ne ex hac collocatione aliquid erroris in re ipsa nascatur, quasi titulus cum præcedentibus aut sequentibus aliquid in re coniunctum habeat simul etiam rationem expediet varie collocationis huius argumenti: quod in Codice *Lib.* 2. et in *Inst. de act.* §. *loco*, in diverso genere rerum tractatum videmus. Cum ergo certo loco dari, quid promissum est, puta Ephesi: observandum est, nihil hic quæri proprie de stipulatione, an valeat; nihil de actione, an, et quæ nascatur: si, ut quid promissum est, ita petatur. Commune hoc cum aliis stipulationibus, ut et stipulatio pariter valeat, et si eodem loco petitur, recte agatur, sitque eadem actio, quæ ex cæteris:

puta aut condictio certi, aut ex stipulatu, aut generalis illa Triticiaria. Sola hæc propria quæstio huius stipulationis: An quod ex conventione certo loco dari debet, id alio loco peti possit; et si potest, qua conditione. Ac prius fieri posse non videbatur, cum ob alias caussas, de quibus in L. 1. cum quod essent ex contractu duo tantum hæc loca, maxime ad aliquem conveniendum constituta, ubi contraxit, et ubi domicilium habet. *L. heres*, §. 1. *supr. de iudic.* Porro cum quid certo loco dandum est, placet contractum intelligi non eo loco, quo negotium gestum est, sed quo pecunia est solvenda. L. 3. *infr. de reb. auct. iud. pos.* Sed tandem placuit etiam alio loco de eo agi posse. L. 1. *hic.* ubi pluribus ius hoc totum explicabitur. Quæstio et locus, ut apparet, plane ad actionem recte instituendam pertinens, et ad eam partem iurisdictionis, in qua quæritur, ubi quis agere vel conveniri debeat. Qua ratione recte factum est in Codice, quod hic titulus in argumentum de iurisdictione et foro competenti relatus est, et ad superiorem dubitationem accommodare ita conceptus. *Ubi conveniatur, qui certo loco dare promisit.* Iam vero priore iure recepto, incidebat res in difficultatem. Videbatur enim id ius adversari iuri De plus petitionibus constituto. Nam quod certo loco promissum est, id petere alio loco, nihil aliud est, quam loco plus petere: quod olim salva actione facere non licuit. §. *si quis agens*, §. *loco*, *Inst. de act.* Quare quod proximum erat, huic incommodo occurrendum fuit. Et occursum est, constituta in eam rem arbitraria actione, qua placuit sic alio loco agi posse, ut id fieret, adiecta alterius loci mentione, atque eius utilitas reo conservaretur. *d. L. 1. C. ubi conveniat. qui cer. loc. dar. promis. d.* §. *loco*, *Inst. de act.* Atqui et hæc ipsa pars, etsi per se spectetur, ad iudicii et actionis institutionem non minus pertinet. Huc enim spectat, ut efficiatur hoc modo recte agi; recte hoc modo actionem concipi, ne qui agit, plus petere videatur. Qua de caussa rursum et in ea quæstione, quæ est de plus petitionibus, expositus est hic locus a Iustiniano in *d.* §. *loco*: non tantum apte, sed etiam necessario: cum quod illic dicitur, eum qui alio loco petit, plus petere videri verum non sit sine hac exceptione seu moderatione: extra quam si alio loco arbitraria actione, quæ in eam rem comparata est, agatur. Sunt ergo duæ hæ summæ quæstiones huius stipulationis propriæ, ac totidem iuris de eo constituti partes summæ, in quibus hoc argumentum versatur: una de facultate alio loco petendi, quod certo dari promissum est, altera de conveniente in eam rem actione, ne utilitas debitoris plus petendo offendatur. Quarum utraque quam potius ad iudicium et actionem alio loco recte instituendam pertineat, cum ex re ipsa, tum ex huius argumenti aliis in locis collocatione animadverti puto. Sed tamen quia hæc actio omnis, quæ hic comparata est, ex ista stipulatione datur: etiam ad contractus referri potest; tantummodo ut ne in hac re id quod in contractu est, sed quod extrinsecus ad facultatem alio loco agendi datur, spectetur. Et quia ad hunc quoque casum porrigitur condictio, quæ recto iure ex stipulatione competit: est cur actio referatur etiam inter condictiones. Veruntamen fatendum, si ad contractum referri placeat, non ad alium referri debere, quam ad stipulationem, de qua sub *Tit. de verb. oblig.* Si inter condictiones, ut hoc loco: magis communione nominis id fieri, ut dixi, quam quod res de qua hic agitur, magnopere id ferat. Neque enim verum est, quod Accursius ait, hunc titulum cum præcedentibus hoc coniuncti habere, quod condictiones præcedentes præter conventionem introductæ sint; similiter et actio arbitraria, *De eo quod certo loco*: cum ex præcedentibus pleræque etiam ex contractu competant, ut condictio certi, et triticiaria, nec minus speciales illæ, condictio indebiti, et ob caussam datorum. Nec si verum sit, omnes præcedentes præter conventionem dari: id satis est ad huius tituli coniunctionem. Alioqui admittemus etiam hoc loco coniunctim dici potuisse de Ædilitio edicto, de actione rerum amotarum, de actione adversus mensorem, de precario, et similibus innumeris, utpote ex conventione aperta non nascentibus; attamen re et caussis obligationis nihil inter se commune habentibus. † Quod inter 3
condictiones hæc condictio postremo loco posita est post condictionem triticiariam, non omnino abs re est. Accipit enim hæc species stipulationis ex præcedentibus condictionibus, in rebus quidem certis condictionem certi; in incertis autem triticiariam: ut merito debuerit post utramque collocari. Nam ut dicamus, quod quidam, coniungi has condictiones, quia recte iungatur condictioni arbitrariæ alia condictio arbitraria, iis convenit, qui triticiariam arbitrariam esse volunt: quod falsum esse superiore titulo suo loco ostendi. Quanquam hoc concesso,

ne

ne sic quidem idonea ratio esset ista coniungendi. Neque enim actiones omnes arbitrariæ, quia tales sunt, ideo unum in locum conduci solent, atque adeo conduci absurdum est, si dissimilibus ex caussis nascantur. Alibi de actione, quod metus caussa, alibi de rei vindicatione, alibi de actione ad exhibendum, alibi de interdictis restitutoriis, et aliis innumeris actionibus actum est. Hæc varie: prout erant videlicet non qualitas actionis, sed caussæ, quæ eas actiones cum prioribus aut posterioribus coniungebant, aut ab iis disiungebant. Quemadmodum nec quæ bonæ fidei sunt, uno ordine et contextu tractari solent; sed et in his proponendis caussarum, de quibus agitur, ratio habetur, ac pro earum affinitate et dissimilitudine ita locis et tractatibus aut coniunguntur inter se, aut separantur. Hæc de collatione huius tituli paulo diligentius, non tam ideo, ut collocationis eius quæ hoc loco est, redderetur ratio, quæ in hoc genere sæpe compositoribus defuit, et dum res intelligatur, magnopere requirenda non est: quam ne hæc ipsa collocatio propter coniunctionem locorum etiam coniunctionem rerum ostendans, in eo ipso nos falleret. Quod consequi aliter non potuimus, quam si indicaretur id, quod huius loci proprium est: ex quo ut de re ipsa, ita et de vera collocatione ipsius rei cum hoc loco, tum in aliis aliam collocationem sequutis, statueretur.

4 † Nunc dicam de re ipsa, ac quæ sit sententia et partitio huius tituli, initio breviter indicabo. Cuius summa paulo pluribus exposita in §. *loco*, *Inst. de act.* commodissime comprehensa est in *L. unica*, *C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promis.* his verbis: *Qui certo loco se soluturum pecuniam obligat, si solutioni satis non fecerit, arbitraria actione et in alio loco potest conveniri: in quam venit æstimatio, quod alterutrius* **interfuit**, *suo loco potius quam in eo, in quo petitur, solvi.* Ius edicto constitutum, non legibus, aut aliis partibus iuris, ut ostenditur in *d.* §. *loco*, *in fin. de act.* In hoc iure multa incidunt, quæ quærantur: quorum explicatio hoc titulo continetur. Itaque hic titulus eius iuris et summæ explicatio est. Quam ut facile et sine errore videre ac complecti liceat, eius definitionis capita summa observanda sunt, ut quid unumquodque postulet, considerandum, ac quod cuiusque proprium est, ad id referendum. Apparet autem, quod supra dixi, ut in ea petitione de qua agitur, duæ sunt quæstiones, ita iuris de ea constituti duas partes esse: unam de facultate alio loco petendi, quod certo loco dari promissum est; alteram de actione in eam rem constituta, quæ sit, et qualis. Facultas hæc est: quod certo loco dari promissum est, id et alio loco petere licere: quod ius pro certo accipitur in L. 1. *hic.* Actio in eam rem arbitraria, quæ et utilis dicitur in *d. L.* 1. De facultate alio loco petendi hæc quæruntur. Primum fueritne iusta caussa huius actionis inducendæ, cuius potestas iuri et æquitati repugnare videtur. Deinde si recte constituta est, quam late pateat hoc ius: idest, an ex omni conventione liceat petere eodem modo; an liceat statim, et quando; an liceat quovis alio loco sine discrimine. Ratio huius actionis exposita in L. 1. ex qua conventione sit hæc petitio, est in *L.* 2. §. 1. *L.* 5. *et* 2. *seqq.* Quando liceat alio loco petere, in *L.* 2. §. *qui ita.* An liceat alio quovis loco, de eo nusquam diserte hoc titulo. Attingetur a me ad L. 1. De actione quæritur, cur dicatur utilis, de quo in L. 1. cur arbitraria, et quæ sit conditio et potestas eius actionis. De quo dicam ad *L.* 2. *in pr.* Agitur autem fere reliquo titulo, maxime autem in *L.* 2. 3. *et* 4.



Ad L. Alio loco. 1.

Cajus *lib.* 9. ad Edictum provinciale.

Alio loco quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere: Sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur non posse stipulatorem ad suum pervenire: ideo visum est utilem actionem in eam rem comparare.

SUMMARIA.

1. *Caussa inducendæ actionis alio loco, de eo quod certo loco dari debuit.*
2. ad suum pervenire *quid.*
3. *Ratio Caii hoc loco discutitur.*
4. *Cur utilis; qua alio loco agitur, et quid sit utilis, quid directa.*
5. *Actio utilis de eo quod certo loco, et ipsa condictio est certi, aut triticiaria.*
6. *Alio loco cum agitur, an possit agi alio quovis.*

De eo quod certo loco dari promissum est, tria complectitur Caius hoc loco: de eo nimirum comparatam esse actionem, ut id alio loco petere liceat; iustam caussam fuisse huius comparandæ; eam actionem esse utilem. Comparatam esse actionem in eam rem constabat ex edicto, quod ipse interpretabatur, cuius mentio est in §. *loco, in fin. Inst. de act.* quod et nobis non tantum ex hoc loco, sed et ex aliis in quibus id ex professo traditur, multo magis certum est. *d. L. 1. C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promis. et d. §. loco, de act.* Ideo hic non laborat, sed solum id attingit, quod in iure constituto quærendum fuit, quam recte fuerit constitutum, ne aut nulla necessitate, aut certe inique ius a prætore de ea re propositum videretur: tot enim fuerunt, de quibus hic initio potuit dubitari.
1 † Ac primum quæri potuit, quid fuerit necesse, hanc actionem proponere, cum ex ista stipulatione iure civili actionem esse constaret? His Caius occurrens ostendit, actionem fuisse, si quis secundum formam stipulationis eodem loco ageret; at ut peteretur alio loco, non fuisse agendi facultatem. Quo innuitur, si quis in eam rem actionem esse vellet, non supervacuam actionem, sed necessariam fuisse. Sed non est satis ad actionem aliquam proponendam, nullam ante de ea re fuisse, nisi etiam iure ea actio proponi debuerit. At hic non modo ante edictum alio loco agendi facultas non fuit, sed nec videbatur ea facultas competere, inquit Caius: atque adeo ne nunc quidem videtur competere debere, ut nec in eam rem proponi actio potuerit, nisi iniuria. Argumenta hæc sunt. Non potest peti, quod non debetur: cum non sit actio, nisi ius persequendi eius, quod nobis debetur *L. nihil, infr. de obl. et act. Inst. de act. in pr.* Quod autem certo loco dari promissum est, id alio non debetur, quia extra stipulationem est. Quinimo cum reus certum locum, ubi solvere deberet, stipulatori concessit, hoc ipso cætera ubi cogi posset, excepisse videtur. Arg. *L. maritus in fi. C. de proc. L. si cum dotem, infr. sol. mat.* Proinde alio loco peti non potest. Item: Non debet quod debitori quæsitum est, ei invito auferri. *L. ult. supr. de pact.* At cum quid certo loco dari promissum est, quæsitum hoc est debitori, ut constituto loco posset solvere, si vellet. Quare hæc utilitas et commoditas solvendi alterius loci petitione ei adimi non debet. Hæc dictat æquitas, etsi iure aperto hic destituemur. Nunc autem et iuris ratio idem efficit, ne de eo quod quis certo loco se daturum promisit, alio loco possit conveniri. Quod enim supra initio attigi, duo tantum loca sunt, in quibus iure conveniri quis possit ex contractu: ubi domicilium habet, et ubi contraxit, seu gessit quid, unde obligatio oritur. *L. heres, §. 1. §. pen. supr. de iud. L. 1. L. 2. L. 3. infr. de reb. auct. iud. poss.* Cum autem certo loco dari quid promissum est, contractum accipitur non eo loco,

loco, quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecunia. *d. L.* 3. *de reb. auct. iud. poss. L. contraxisse*, *infr. de obl. et act.* Unde et iure extra domicilium is solum locus est, ubi quis conveniri et se defendere debeat. *d. L.* 1. 2. *et* 3. *de reb. auct. iud. pos. d. L. heres*, §. *ult. supr. de iud.* Et hæc Caius sensit, ac sentiens ita diluit, ut fateatur, quod certo loco dari promissum est, non videri alio loco peti posse: atque adeo iure summo re vera peti non posse. Sed huic iuri æquitatem opponit, qua fiat, ut ab eo iure ad modum edicto constitutum merito discessum sit. *Iniquum erat*, inquit, *non posse stipulatorem ad suum pervenire.* At hoc eventurum esse vult, si alio loco agendi facultas non erit: quoniam fieri potest, ut promissor ad eum locum in quem daturum se promisit, nunquam accedat, inquit: vel quod data opera id faciat, vel quia aliis locis necessario distringatur. Ex quo vult intelligi æquum fuisse, ac recte visum esse, actionem in alium locum comparari.

2 † Quo loco obiter in verbis notandum est, quod ait, *non posse stipulatorem ad suum pervenire.* Ubi suum aperte dixit, sibi debitum, nempe ex stipulatione: usitato loquendi more Latinorum, et maxime nostrorum. Quomodo dicitur creditor suum consequi, suum recipere, qui sibi debitum consequitur, recipit. *L. cum duobus* 52. §. *idem respondit socius*, *infr. pro soc. L. si non sortem*, §. *libertus*, *in fi. supr. de cond. ind. L.* 6. §. *apud*, *infr. quæ in fraud. cred.* Quomodo et illud in præceptis iuris, suum cuique tribuere. *L. iustitia*, *supr. de iust. et iur.* Ubi constat suum dici, non tantum quod proprie alterius est, sed etiam quod cuique debetur, de quo tribuendo maxime ius constitutum est. Cic. in *Quint. Quid? hoc quo pertinet? an ut ocyus ad tuum pervenias*? ad tuum, idest, ad pecuniam tibi debitam. Sequitur enim e vestigio: *Quid a nobis*, *C. Aquili*, *refertur? pecuniam petis*: *negamus deberi.*

3 Sed hoc, ut dixi, obiter in verbis. † Redeo ad responsionem superiorem Caii: quæ nonnihil animadvertenda est. Nam partim verum esse non videtur, quod sumit: partim si maxime verum sit, non videtur rem expedire. Quod ait, iniquum esse, si stipulator ad suum pervenire non possit facto promissoris, verissimum est, et certa ratione æquitatis, ac certis regulis iuris efficitur. Nam cum nulli ius suum detrahi aut iniqua conditio inferri debet: *L.* 2. *supr. de iis qui sunt sui vel alie. iur. L. non debet alteri*, *infr. de reg. iur.* tum vero indignum est creditori detrahi a promissore ipso, ut hic facto suo liberetur: cum huic potius factum suum, quam adversario nocere debeat. *L. si servum*, §. *videamus*, *infr. de ver. ob. L. factum infr. de reg. iur.* illud verum non videtur, quod significat si promissor non veniat in locum constitutum, eventurum ut stipulator ad suum non perveniat. Nam quod certo loco dari promissum est, eo loco peti posse constat, et debitorem eo loco conventum ibi se defendere debere. *d. L. heres*, §. 1. §. *pen. de iud.* Nec ad rem pertinet, quod promissor ad eum locum nunquam accedet. Sive enim præsens erit, sive absens, illic se defendere iubetur: qui si non defendetur, patietur bona possideri. *d. L. heres*, *in pr. et* §. 1. Atque hic possessionis exitus, ut transacto tempore legitimo bona distrahantur, unde non minus creditori satisfiat, quam si cum debitore iudicio actum esset. *L. cum proponas*, *C. de bon. auct. iud. poss.* Sed hæc non faciunt, ut propterea creditor eodem loco agendo facile adversus absentem nec defensum ius suum consequatur. Primum fieri potest, ut debitor in eo loco: in quem se daturum promisit, nulla bona possideat. Tum autem ut possideat, interest creditoris potius iudicio experiri cum debitore, quam superiorem ordinem sequi: ut scilicet iudicio constare possit, illum vere debitum periisse, nec voluisse per calumniam opprimere eum, qui non defendebatur. Ita semper relinquitur, quod Caius sensit, ubi promissor ad locum constitutum non accedat, non posse creditorem facile eo loco ius suum consequi. Sed ut horum utrumque concedatur: non tamen statim efficitur, ideo fuisse actionem proponendam. Quid enim, si isti æquitati alia æquitas non minor, aut etiam maior opponitur? At prius dicebamus alio loco agi posse non videri, quia et contra ius esset, et quia eo modo ius suum promissori auferretur. Quod profecto multo minus concedendum est, quam ne suum auferatur stipulatori: quia favorabiliores sunt rei, quam actores: unde et ad liberandum procliviores esse debemus. *L. favorabiliores*, *infr. de reg. iur. L. Arrianus*, *infr. de obl. et act.* Quid igitur ad eam rationem dicimus? Et de iure respondeo id, quod paulo ante: ut alio loco peti non possit, quia eo non debeatur nec sit constitutum, fieri quidem iure, sed summo: quod tum iniquum esse incipit, si dum hoc retinemus, stipulator ad suum pervenire non possit. Hactenus enim contulendum est reo, dum

ne

ne iniuria fiat stipulatori. *L. 5. in fin. infr. de ver. ob.* Quod autem dicimus, utilitatem alio loco solvendi reo multo minus adimendam esse: ita æquum est, ut mutari non debeat. Sed nec actione in alium locum constituta hæc utilitas reo adimitur, ut est conditio actionis in eam rem comparatæ. Comparata est enim actio, non ut alio loco peti possit a promissore simpliciter; sed ut sit de eo actio arbitraria, idest ea, qua æstimetur, quanti promissoris intersit, suo loco potius solvi, quam in eo in quo nunc convenitur, ut traditur in *d. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. dar. prom. d. §. loco, Inst. de act.* Unde apparet in hac actione alio loco proponenda sic a prætore creditori consultum esse, ut nihil propterea de utilitate debitoris decederet, quæ nihilominus ei salva est. Ita est utiliter et non dubia æquitatis ratione hæc actio a prætore constituta: quod Caio probare hoc loco propositum est.

Quod de actione hic notandum esse di-
4 ximus, hanc ille † utilem vocat. An ut intelligamus cum Accursio efficacem? Non potuit hoc verbum isto sensu hoc loco nisi inepte et otiose adiici: comparatam enim hanc actionem esse ait. Hoc dici satis est, ut intelligamus utiliter et efficaciter comparatam. Primum: quia iure comparata est et edicto: cuius, ut reliqui iuris vis et auctoritas publica est, idest, ea cui parendum sit, quæ in eo quod constitutum est, omnes cives teneat, *§. prætorum, Inst. de iur. nat. gen. et civi. L. 2. supr. de legib.* Deinde quia etiam vi verbi ea actio non competit, ac ne actio quidem est, quæ utiliter non competit: cum non sit actio, nisi quæ iure persequitur iudicio id, quod nobis debetur. Et ideo recte apud Iustinianum in *§. sed et istæ, et seq. Inst. de act.* cum dicitur, prætorem multas actiones ex sua iurisdictione comparatas habere, et in eo genere proditam Publicianam: non dicitur hanc aut alias efficaces comparatas esse, proditasve, sed simpliciter comparatas, proditas: quia scilicet non fuit metuendum, ne si iure proditæ sint, quisquam putaret inutiliter et inefficaciter proditas: aut si competunt, alio modo competere posse, quam utiliter. Non dubium, utilem dici hanc actionem usitato more, quo utilis directæ opponitur: *§. ult. Inst. de leg. Aq. L. actio, supr. de neg. gest.* ut sit utilis, non directa: consimili plane exemplo et ratione, qua et Publiciana actio, quæ itidem præter rationem iuris civilis edicto prætoris proposita est, utilis esse significatur in §. *namque*, Inst. de act. *Qui dominus non est*, inquit Iustinianus, is etsi rem ex iusta caussa et bona fide accepit, *nullam tamen directam actionem habet ad rem persequendam.* Nullam directam, quia nullam iure civili: *quoniam*, inquit, *ita proditæ sunt iure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet: Attamen ei qui ita possessionem nactus sit, proposita est in rem actio edicto prætoris Publiciana.* Cur præter rationem iuris civilis? *quia sane*, inquit, *durum erat eo casu deficere actionem.* Ubi durum intelligitur id, quod in *hac L.* dicitur *iniquum* ut in *L. illud, supr. de pet. hered.* Qualis autem hæc actio? directa an utilis? Et cum prius negasset directam in eam rem competere posse: restat, ut quæ hic proposita est, sit ea, quæ utilis dicitur, intelligaturque utilis, non efficax, sed quæ non sit directa. Ergo Publiciana in rem actio, quia præter rationem iuris civilis comparata est a prætore utilitatis caussa: fit ut dicatur utilis, significeturque hoc verbo non directa. Porro concurrunt in actionem arbitrariam, de qua agimus, eadem omnia: nam et ei qui certo loco dari quid promisit, extra eum locum directa actio et iure civili ex stipulatione esse non potest. Veruntamen etiam in alium locum, in quem deficiebat iure civili, comparata et actio a prætore hoc edicto, et quidem eadem ratione: quia scilicet equum erat, quia utilitas id postulabat. Ex quo necesse est, quæ hic actio est proposita, eodem modo utilem dici, ut sit et ipsa utilis, quæ opponatur directæ illi, quæ suo loco agenti competit. Utraque utilis ideo, non directa, quia directam vocamus, quæ recta ex verbis legis datur, seu ad quam verba legis diriguntur, ut ex his competat: utilem, quæ deficientibus verbis datur ex sententia legis, æquitate et utilitate ita suadente, unde utilis nomen. *§. ult. Inst. de leg. Aq. L. quia, L. quoties, infr. de præs. ver.* Talis est autem utraque actio superior, qualem utilem modo descripsimus. Nam verbis legis neque in rem actio est ei, qui rei dominus non est: neque ex stipulatione ei, qui certo loco dari stipulatus, contra quam stipulatione cautum est, alio loco petit. *L. quidquid, infr. de verb. obl.* At sententia et mens legis ad utramque speciem pertinere videtur: quia æquum sit, et illic actionem in rem, et hic arbitrariam alio loco petenti admitti. In hac quidem arbitraria evidentius: quod qui vult pecuniam certo loco promissam eo loco solvi et peti posse, quod fit

in

in directa actione, idem vult omnia, sine quibus eo loco exigi non potest. Arg. in L. 2. *supr. de iurisd.* Iam autem intellectum est, pæcuniam recte exigi non posse, nisi licebit etiam alio loco petere. Quapropter et hoc velle ius civile putandum est. Quam sententiam prætor interpretatus apertius hoc edicto confirmavit, actionem nominatim in eam rem proponendo: unde actio utilis. Idque est, quod dicitur in *L. nam ut ait*, *supr.* de legib. *quoties lege aliquid introductum est*: *bonam occasionem esse*, *cætera quæ tendunt ad eandem utilitatem*, *vel interpretatione*, *vel certe iurisdictione suppleri*: ut hic factum est iurisdictione prætoris. Nam quæ sunt edicto prætoris introductæ actiones, eæ ex prætoris iurisdictione esse dicuntur. *d.* §.
5 *namque*, *Inst. de act.* Illud † monendi sumus, actionem hanc quæ ex stipulationis caussa datur, etsi dicitur utilis, non eo minus tamen intelligi debere esse condictionem certi, aut Triticiariam: quas alioqui actiones ex stipulatione recta esse dicimus. Quin potius eo verbo condictiones istæ hoc ipso accipiendæ sunt, quia actio hæc ex stipulatione utilis dicitur. Nam quæ ex aliqua caussa actio utilis est, ea est, quæ ex ea caussa nomine certo competit; sed cum adiuncto, ut dicatur utilis: ut puta, est aliqua actio utilis ex mandati caussa: ea dicitur Africano mandati actio in *L. quidam*, *infr. de her. inst.* sed ita, ut paulo post subiiciat, intelligere se non vulgarem et directam, sed utilem. Quocirca et in specie proposita ex stipulatione alio loco agenti utilem actionem esse intelligemus; condictionem tamen sive certi, sive triticiariam, aut si quæ sunt aliæ actiones certæ appellationis, quæ ex stipulatione directo competunt. Quam caussam fuisse initio diximus, cur hic titulus hoc loco collocaretur, nempe inter condictiones: ipse eiusmodi, in quo et condictionis nova species, nimirum arbitrariæ proponatur.

Hoc constituto, ex ea stipulatione qua quid certo loco dari promissum est, actionem esse, qua et alio loco agi possit: quæsita sunt illa, de quibus dixi initio; an ex omni conventione eiusmodi eodem modo agi possit alio loco; an statim; an alio quovis loco sine exceptione. De primo, et secundo quia propriis locis agitur, postea; de illo in *L.* 2. §. 1. de altero in *d. L.* 2. §. *qui ita*: nihil necesse
6 est hoc loco attingi. † Tertium, an quovis alio loco agi possit, quia nusquam de eo quidquam scriptum est hoo titulo, visum est hoc loco ut ad facultatem alio loco agendi pertinens exponere. Nascitur autem hic dubitatio ex contrariis locis. Nam in *L. heres*, §. *ult. supr. de iudic.* scribitur, eum qui promisit aliquid se soluturum in Italia, cum in provincia domicilium haberet, utroque loco conveniri posse, et in provincia, et ubi domicilium habet. Ut intelligamus aliis locis agi non posse. Contra in *L. eum qui insulam*, *supr. de iudic.* et in *L. si duo*, §. 1. *infr. de const. pec.* scriptum est: *quovis loco et ubique peti posse*, *quod suo loco datum non est.* Et probo Ioannis, Azonis, Accursii sententiam, quæ et vulgo magis recepta est, in posterioribus locis duobus illa, *quovis loco et ubique*, sic interpretanda esse: quovis loco idoneo: seu *quovis*, idest, et in eo, ubi dari debuit, et alio etiam; eo tamen, in quo si locus adiectus stipulationi non esset, debitor conveniri potuisset. An quod cum in honoribus iubentur præferri certæ conditionis homines, hoc sic acceptum est: si idonei sunt? *L. ut gradatim*, §. 1. *infr. de mun. et hon.* quo argumento vulgo utuntur, sed nimis infirmum hoc argumentum est. Scimus enim natura quosdam homines ad honores gerendos non esse idoneos, quos nulla lex possit idoneos efficere. At omnia loca possunt idonea esse ad aliquem conveniendum, si quidem lex idonea esse velit. Itaque hoc etiam nunc quæretur de illis locis superioribus, an lex velit esse tantum idonea, necne, cum verba efficiant, *quovis loco*, idest, omnibus locis agi posse. Quam ob caussam non miror, si cum aliud argumentum istius sententiæ Bartolo non occurreret: ipse alios quosdam secutus, dissenserit, putaveritque quovis alio loco idoneo et non ideoneo agi posse: etsi ad argumentum dissolvendum ne ipse quidem satis firmi quidquam attulerit. Sed nihilo secius probandum videtur, eum qui certo loco dare promisit, si ibi non solvat, non posse aliis locis conveniri, quam aut in quo ipso dare debuit, in quo et contraxisse intelligitur, aut in eo ubi domicilium habet. Eiusque sententiæ argumenta hæc sunt propemodum explorata. Absurdum est plus tribui ei creditori, qui stipulatus est uno tantum loco sibi dari, quam qui nullo adiecto loco infinite ac proinde omnibus quodammodo locis dari stipulatus est. At nullo loco solvendi adiecto stipulatus, non potest nisi his duobus locis experiri, ubi contractum est, et ubi reus domicilium habet. *d. L. heres*, §. 1. *et* §. *ult. supr. de*

de iudic. Multo igitur minus aliis locis experiri poterit, qui *ex stipulatione* unum tantum locum *habuit.* Sed et hoc eo magis dicendum est, quod certi loci adiectio, si per se *spectetur*, ius stipulatoris minuere debuit, et *detrahere*, quod sine loci adiectione *habere* potuisset. Nullo enim loco adiecto *stipulatus*, duobus saltem illis locis *superioribus* agere potuit: loci autem adiectio *facit*, ut possit uno tantum, nempe eo qui *adiectus* est. Nam alio loco nec ante agi posse videbatur, ut hic scriptum est: neque adeo summo iure agi poterat secundum conventionem et formam stipulationis, ut supra docuimus. An non igitur plusquam absurdum est, loci adiectionem, quæ vi sua comparata est ad minuendum ius stipulatoris in agendo, illi ad ius eius augendum in ea re prodesse, ut agere possit locis omnibus, qui nullo loco adiecto, duobus tantum agere potuisset? Quod minime recipiendum est. Id etiam efficitur hoc modo: Ubi quid certo loco dari promissum est, negari non potest, quin extra locum constitutum perinde haberi debeat, quasi nullus locus stipulatione esset comprehensus, ut et revera nullus comprehensus est. At si nullus comprehensus esset, creditor experiri non posset aliis locis, quam illis duobus, quæ supra diximus. Proinde extra locum constitutum aliis experiri non poterit. Si auctoritas huius sententiæ quæritur, est in *d.* L. *heres*, §. *ult. infr. de iud.* ubi certo loco dandi adiecto, superiora illa duo loca ad agendum tantum statuuntur. Sed opponuntur nobis illa verba, *quovis loco ubique.* Et fateor si quis significationem verborum sequatur, verba sic accipi posse: ut significetur, posse agi ubique locorum: ubi creditori commodum erit, aut videbitur, etiam in quibus reus nec domicilium habet, nec contraxerit. Sed cum intelligitur, qua mente quid scriptum sit, id intuendum et sequendum est, non verba captanda, ut bene monemur in *L. pen. supr. ad exh.* Quid autem hic senserint veteres superioribus verbis, sumendum est ex eo, quod ante in hac re dubium fuit. Prius non dubitatur, an de eo quod certo loco dari promissum est, reus conveniri posset quibusvis locis etiam iure non constitutis; sed an posset conveniri alio loco, quam in quem sibi creditor dari stipulatus esset, quod nec licere videbatur, ut diserte hic Caius scribit. De hac quæstione respondentes veteres, quid aliud sensisse existimandi sunt, quam definitionem accommodasse ad id, de quo quærebatur, et ostendere voluisse, quod prius fieri posse non videbatur, id fieri posse, non impediente forma stipulationis? Plane isto modo: cum omnis non inepta responsio ad interrogationem accomodetur, nec feratur longius. Arg. in §. *præterea, Inst. de inut. stip.* Quapropter respondentes quovis loco agi posse, intelliguntur hoc dicere, agi posse non eo tantum loco, in quem promissum est, sed et hoc, et alio, quo potuisset agi, si nullus locus adiectus esset. Num ergo et alio quovis, etiam in quo sine loci adiectione agi non potuisset? non hoc sic ex mente auctorum accipi potest. Primum quia de eo ante non quærebatur, et de re in quæstione posita respondebant. Deinde quia ut ante dixi, hoc per se plusquam absurdum est, loci adiectionem, quæ ius stipulatoris in agendo minuere debebat, ad ius eius augendum illi prodesse: quod hic futurum esset, si is qui sine loci adiectione dari stipulatus, certis tantum et constitutis locis agere potuit, loco certo comprehenso quo illi solvi deberet, agere posset locis omnibus, quibus liberet: quod nunquam Iurisconsulti dicerent. Ut autem certius statuamus, mentem eam esse auctorum, quam dixi, consideretur, quis sit auctor duorum istorum locorum, *L. si duo*, §. 1. *infr. de pec. const.* et *L. heres*, §. *ult. supr. de iud.* quorum in altero ubique agi posse, in altero eadem in specie duo illa tantum loca statuuntur, domicilii et contractus. Et sunt ambo Ulpiani. Quamobrem hoc dubium esse non potest, quin quod ille in uno ubique agi posse dixit, is sibi consentiens ad alterius loci sententiam accommodate dixerit: præsertim cum de iure certo arbitrariæ huius actionis ageretur. At enim, inquit hoc loco Bartolus, si intelligimus extra locum dandi stipulatione comprehensum non posse agi nisi in eo, in quo reus domicilium habet, inutilis erit concessio huius actionis: cum et iure communi extra locum contractus eodem illo loco domicilii agi possit, et ante potuerit. *d. L. heres*, §. 1. *de iud.* Nunquam autem sic concessio in legibus accipienda est, ut sit inutilis. L. 1. *infr. ad municip.* Recte ille: si quidem ante constitutionem huius actionis de eo quod certo loco dari promissum est, alio ullo loco agi potuisset, etiam eo, in quo reus domicilium haberet. Sed errat in eo, quod id licuisse in hac specie existimat. In quo aperte verbis huius loci convincitur. *Alio loco*, inquit Caius, *quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facul-*

cultas competere, ergo nec in eo, in quo reus domicilium habuit. Qua de caussa si alio loco idoneo agi posse vellemus, necesse fuit actionem in eam rem comparari. Quod et hic factum est edicto prætoris.

Ad L. Arbitraria. 2.

Ulpianus lib. 27. ad Edictum.

Arbitraria actio utriusque utilitatem continet, tam actoris, quam rei Quod si rei interest, minoris fit pecuniæ condemnatio, quam intentatum est; aut si actoris, majoris (pecuniæ) fiat.

SUMMARIA

1. *Arbitraria actio de eo quod certo loco promissum est, si alio loco petitur, cur arbitraria dicta, et quæ hic arbitrio iudicis committantur.*
2. *Arbitraria actio de eo quod certo loco, ut rei, sic et actoris utilitatem continet; et hoc quid sit.*
3. *Utilitas actoris in hac actione tunc æstimanda, cum debitor moram fecerit, quominus suo loco solveret.*
4. *Mora a debitore quando fieri intelligatur, quominus suo loco solvat.*
5. *Utilitas actoris nec tunc æstimanda, cum neuter in mora fuit, et quando id accidat.*
6. *Utilitas rei in hac actione semper æstimanda, sive moram non fecerit, sive fecerit.*
7. *Utilitas utriusque æstimanda, cum alio loco agitur, si utriusque intersit et mora in solvendo facta a debitore.*
8. *Utilitati litigatorum æstimandæ, cum alio loco agitur, quæ sententia iudicis conveniat.*

Ut alio loco peti possit, quod certo loco dari promissum est, comparata est actio utilis, ut supra scriptum est in
1 L. 1. † Ea est arbitraria. *L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. dar. pro. §. loco, Inst. de act.* Hanc intelligit Ulpianus hoc loco arbitrariam actionem nominans, ac quorum utilitatem contineat, quove modo in ea huius utilitatis ratio quam commodissime habeatur, sententia iudicis, initio hic docet. Horum utrumque sic recte intelligetur, si breviter indicaverimus, quod est primum in hac actione, unde ita dicta sit; quod sit hoc arbitrium, in quo illa versetur; et quæ eius arbitrii partes: quod non minus ad reliqui tituli explicationem pertinet. Ac de arbitrariis actionibus in universum dicetur alibi commodius, ubi de hoc genere ex professo agitur, ut in *§. præterea, Inst. de act.* Nunc quid sit proprium huius actionis, quærimus. Arbitraria hæc actio dicta est, quod in arbitrium iudicis referatur, ut est in *L. 3. infr.* vel, ut alibi, quia æstimationis ratio arbitrio iudicis committitur. *L. centum, infr. eod. d.* L. 1. *ubi conven. qui cer. loc. dar. prom.* Duo sunt autem, quæ in hoc arbitrio iudici committuntur. Primum, ut æstimet, utrum reus alio loco conventus absolvi debeat, an condemnari: quoniam interdum absolvi eum æquum est propter eas caussas, quæ referuntur in *L. 4. §. ult. infr. eod.* ubi dicetur. Alterum, ut æstimet, quanti rei intersit suo loco potius solvi, quam in eo, ubi convenitur: quia scilicet utilitas loci per stipulationem quæsita ei adimi non debet: quam ob caussam potissimum arbitrariam hanc alio loco petenti propositam esse constat. *d. §. loco,*
illic, *propter quam*; Inst. *de act.* † Id 2
cum rei caussa comparatum sit: quæsitum est, si quid interesset actoris, loco constituto potius accipere, quam in eo, in quo agitur, an id etiam æstimari deberet in hac actione. Et tandem obtinuit id quoque esse æstimandum, ut declaratur hac *L. 2. §. ult. ver. Iulianus.* Id vero est, quod Ulpianus initio hic definit, *arbitrariam actionem utriusque utilitatem continere, tam actoris, quam rei*: quasi diceret, rei quidem citra controversiam, utpote cuius potissimum caussa proposita sit alio loco actio arbitraria; sed tamen et actoris, quod et postea admissum est. Ex quo est et illud *d. L. unicæ, C. ubi conven. qui cer. loc.* in hanc actionem venire æstimationem, quod alterutrius interfuit, suo loco potius, quam in eo, in quo petitur, solvi. Utilitatem vocat Ulpianus id ipsum quod utriusque interest, quo verbo posteriore utitur *d. L. unica, C. ubi conven. qui*

qui cer. loc. quomodo et ipse statim post utilitatis verbum interpretatur hoc loco: et apertius in §. *ult. ead. L.* Quibus in rebus posita sit hæc utilitas rei, seu quod eius interest suo loco potius solvere, declaratur in *L.* 3. *infr.* Quibus in rebus utilitas actoris, suo loco potius accipere, est in hac *L.* §. *ult.* de quibus suo loco. Nunc hoc postulat superior sententia, ut explicetur, an semper in hac actione utilitas actoris æstimanda sit, an semper rei. Quid enim, si ipsi moram fecerint: ille quominus suo loco acciperet; hic quo minus suo loco solveret, an non iniquum videatur, alterutrum id damnum sibi petere præstari, in quod ipse sua culpa incidisset? at hic nihil distinguitur. Rursum quid, si neuter in mora fuerit: an non iam contra æquum sit, utriusque rationem haberi? Quærendum et illud, si utriusque simul intersit suo loco solvi, an pariter sit æstimandum, quod utriusque interest: nam hic scriptum est, utriusque utilitatem æstimari; alibi alterutrius, ut *d. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promis.* alibi quod idem valet, rei vel actoris, ut in *L. centum, infr. eod.* Quæ explicanda sunt. Et in his nihil verius, quam quod de sententia Ioannis, repudiata Irnerii et Placentini sententia Accursius hic sequitur, et vulgo quoque probatum est, cuius hæc est summa: actoris quidem rationem habendam; sed ita, si mora a debitore facta sit, quominus suo loco solveret; rei autem semper, sive in mora prius fuerit, sive non fuerit. Quod si quando actoris ratio habenda sit: eventurum, ut si rei quoque intersit, simul utriusque ratio haberi debeat.

Quod quia non probatur omnibus, demus operam, ut vera sententia recte con-
3 firmetur. † Dicimus igitur quod hic scriptum est simpliciter, itemque in L. *unica, C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promis.* in hac actione etiam actoris haberi rationem, seu æstimandum esse, quod actoris interest, suo loco pecuniam solvi, sic accipiendum esse ex aliis locis: si per reum steterit, seu si is moram fecerit, quominus suo loco solveret. Ad hanc creditoris utilitatem æstimandam Ulpianus moram exigit in hac ipsa *L.* 2. §. ult. *actoris utilitas*, inquit, *veniet. Quid enim, si pecuniam traiecticiam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub pœna debeat pecuniam, vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt, aut pœna commissa mora tua?* Quæ interrogatio nihil aliud exprimit, quam actoris utilitatem venire hac conditione, si superiora damna contigerint mora tua, idest, debitoris. Huius ipsius moram ad hanc rem exigit et Africanus in *L. centum, infr.* eod. *Nec oportebit*, inquit, *fideiussoris obligationem augeri, quod forte per reum steterit, quominus centum debita, Capuæ*, loco nimirum constituto, *solverentur.* Cur non dixit, si reus centum Capuæ non solverit, sed addidit: *si per reum steterit, quominus centum Capuæ solveret?* ut significaret hoc modo solum ipsius rei principalis obligationem augeri, *si* ipse in mora fuerit, quominus solveret: atque hinc videlicet iustam dubitationem esse, an saltem hoc casu augeretur ex eius persona obligatio fideiussoris: quod ille negat. Augeri autem vel rei vel fideiussoris obligationem intelligit, cum æstimatur, quod actoris interest, pecuniam Capuæ potius solvi, ut in eo responso præcedit. † Tunc per debitorem fie- 4
ri, tunc per eum mora esse intelligitur, quominus suo loco solvat, non simpliciter cum non solvit; sed cum stipulator fecit pro se, ut acciperet: puta in locum constitutum venit, aut ibi suo nomine habuit, qui transacto iusto tempore pecuniam ibi recte acciperet; debitor autem aut ibi præsens interpellatus solutioni non satisfecit: L. *mora, infr. de usur.* aut eo non venit, vel ibi sui copiam non fecit, ut ita nemo esset, qui ibi conveniretur. *L. sed etsi, in fin. infr. de usur.* Itaque his casibus alio loco agente stipulatore utilitatis eius ratio habebitur. Et merito: moram enim suam reo nocere æquum est. *L. in condemnatione*, §. *unicuique, infr. de reg. iur.* At nisi id fit: si superior conditio de mora rei recte addita est, de quo inter omnes convenit, actoris utilitas in hac actione non æstimabitur. Proinde illud constat, si per eum stetit, quominus suo loco acciperet, cum scilicet debitor in locum constitutum venisset, aut procuratorem eo misisset, ibi autem aut creditor non accepisset oblatam pecuniam, aut non esset inventus cui recte solveretur: tum sane utilitatem actoris non venire: idque multis de caussis: Primum quod unicuique mora sua nocere debet, *d. L. in condemnatione*, §. *unicuique, infr. de reg. iur.* Deinde quod si ei nocere non volumus, at certe non debet nocere alteri. L. *factum cuique, infr. de reg. iur.* Postremo quod non recte postulat æstimari, quod sua non interest. Nihil autem in hac caussa interesse eius videtur. Quidquid enim hic damni est, quod pecuniam suo loco non accepit, culpa eius est. Quod quis sua culpa damnum sentit, sentire non videtur. *L.*

quod

quod quis ex sua, *infr. de reg. iur.* Sed hoc ideo quia per creditorem factum sit, quominus pecuniam suo loco acciperet, non quia per debitorem, quominus solve-
5 ret. † At quid, sic nec creditor moram fecit, nec debitor? finge neutrum venisse in locum constitutum, aut cum ambo ibi essent, debitorem a creditore appellatum non esse. Quorum neutrum cum intervenit, mora fieri non intelligitur. *d. L. mora*, *d. L. sed etsi*, *in fin. infr. de usur.* Et si nobis constare volumus, dicendum est, sic a debitore moram exigi ad utilitatem actoris æstimandam: ut si a debitore mora absit, actoris utilitas non æstimetur, quamvis nec ipse actor moram fecerit. Hoc superiori illi conditioni consequens est. Nam si actoris utilitas venit hac conditione, si per debitorem mora sit, quominus suo loco solvat: dici debet contraria conditione, idest, si in eo mora non fuerit, actoris utilitatem non venire. Hæc collectio est in *L.* 1. *vers. huius*, *supr. de offic.* hæc eadem in *L. si quis*, *in fin. infr. de act. empt.* Ita fit, ut utilitatis actoris æstimationem in hac actione duæ res escludant: mora quidem eius citra controversiam; sed non minus et sine mora eius, sic dici possit debitorem moram non fecisse.

6 Diversa † caussa debitoris in actione arbitraria, eum de utilitate eius quæritur. Dicimus semper æstimari, quanti eius interest suo potius loco solvere, quam in eo in quo agitur, non tantum si per creditorem mora fuerit, quo minus pecuniam suo loco acciperet, cum forte paratus fuisset debitor ibi solvere; sed etsi mora in creditore nulla fuerit. Plus dicimus, id æstimari, etsi creditore providente, ut pecuniam eo loco accipere posset, per debitorem solum steterit, quominus illic solveret. Hoc quidam absurdum putant. Sed neque quidquam æquius, et pene diserte traditum est in §. *loco*, *Inst. de act.* Loco enim solvendi adiecto consequitur reus eius loci utilitatem ex stipulatione. Hanc illi adimi non posse alio loco agendo, ac propterea alio loco petenti arbitrariam actionem propositam esse, in qua ratio habeatur utilitas eius, illic scriptum est. Hoc nihil æquius. Quinimo ex natura et principiis iuris sumptum est, quod ita definitur generaliter, ius alicui conventione semel quæsitum illi invito adimi non posse. *L. ult. §. de pact.* L. *vero*, *vers. pen. infr. de sol.* Etiamne, si debitor moram fecerit, quominus suo loco solveret? Plane hoc ex illo intelligitur. Errat enim, si quis putat, moram debitoris utilitatem loci semel illi stipulatione quæsitam invito auferre. Neque hoc, neque aliud ius quodvis contrahentibus conventione quæsitum mora cuiquam adimit. Argumento est creditor, quem constat, si quando pecuniam debitam sibi oblatam sine iusta caussa recusaverit, moram facere. *L. qui decem*, *infr. de sol.* Neque ideo tamen is amittit persecutionem eius iuris, quod prius habuit: sed et idem non minus iure petit postea, et si reus interpellatus non solvit, incipiet moram facere, quæ posterior mora illi nocebit. L. *illud infr. de per. et com. rei vend.* Quod multo magis reo tribuendum est, si quid erit forte, quod illi conventione datum sit, quod et post moram a se interpositam velit retinere. Huius enim conditio favorabilior. *L. favorabiliores infr. de reg. iur.* Apparet etiam ex verbis. *d.* §. *loco.* cum alio loco agitur, eam omnem utilitatem promissoris æstimandam esse, quæ illi competitura fuisset, si illo loco solveret, quo se soluturum spopondit. At si is suo loco solveret, aut conveniretur, competeret ei eius loci utilitas, quamvis prius moram fecisset. Quare et tunc competet, cum alio loco convenietur, quamvis prius moram fecerit. Sed obstat creditoris exemplum. Hic si moram fecit, constat utilitatis eius rationem non haberi. Cur si debitor moram faciet, non pariter dicemus, utilitatis eius rationem non habendam, ut iuxta rationem iuris et æquitatis in pari mora eundem moræ effectum servemus? *L. illud*, *supr. ad leg. Aq.* Quia mora utriusque similis: at non similis utilitas loci, quam uterque in arbitraria actione præstari postulat. Creditor contra stipulationem persequitur utilitatem loci constituti, cum alio loco agit. Nam ex verbis stipulationis alio loco agere non potest. *L.* 1. *supr.* Quæ res facit, ut sine manifesta æquitate hoc ei concedi non debeat, ut et agat alio loco, et simul consequatur constituti loci utilitatem, quam ex stipulatione non habet. Aperte autem tunc æquum non est, utilitatem istam ei tribui, cum per eum stetit, quominus suo loco pecuniam acciperet, ubi debitor ad eam utilitatem non teneretur, si creditor moram non fecisset. At promissor loci utilitatem sibi non defendit ex æquo et bono propter naturam actionis arbitrariæ; sed eam suo iure habet, quæsitam ab initio ex stipulatione. Quam proinde iure retinet, nisi quid sit, quod hanc illi auferat. Moram autem hanc illi non auferre modo ostendi. At cer-

te adversus debitoris moram eadem illa dici posse videntur, propter quæ utilitatem loci creditori, qui moram fecisset, supra denegabamus. Dicebam huic creditori obstare regulam iuris, unicuique suam moram nocere. *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *infr. de reg. iur.* Quid ergo, an hæc ad debitorem non pertinet? Imo vero generalis est, et ad debitorem, et maxime quidem pertinet. Sed non hic regulæ sensus est, ut ad quidvis noceat debitori. Nocet hactenus, ut perpetuet debitoris obligationem; *L. si servum*, §. *sequitur*, *infr. de verb. obl.* sed non eo usque progreditur, ut etiam ius debitori quæsitum illi auferat, ut dixi. Ac ne creditoris quidem mora loci utilitatem illi auferret, siquidem hæc ei iure suo competeret. Jam autem ostendi non competere. Sed hoc efficit mora in huius persona, ut quæ utilitatem quæ non competit, auferre ei non potest: impediat tamen ne eius utilitatis postulatio ei acquiratur. Rursum denegabamus loci constituti utilitatem creditori: quia iniquum sit, moram et factum eius alteri nocere: quod et vetatur regula iuris. *L. factum cuique*, *infr. de reg. iur.* An hoc minus licet dicere in debitore, qui moram fecit? Sane non minus: sed cum debitor alio loco conventus consequitur utilitatem loci constituti, nihil hic eius mora nocet, aut aufert creditori: cum hanc utilitatem consequatur non propter moram suam, etsi maxime moram fecerit, sed propter stipulationem, atque adeo propter consensum actoris, qui eum locum illi stipulatione tribuit. Non desideraret quidem debitor hanc utilitatem, si moram non fecisset; quominus suo loco solveret. Sic enim solvisset suo loco in tempore, et loci utilitatem, quam nunc petit, iam tum esset per se consecutus. Sed tamen quod nunc eam præstat creditor, semper verum est, non propter debitoris moram præstari, sed propter stipulationem: cum nisi ex stipulatione hanc quæsitam reus haberet, eam utique ex mora sua non consequeretur, non magis quam creditor, qui post moram suam alio loco peteret. Ita mora debitoris suo loco non solventis caussa est, sine qua utilitas loci a debitore nunc non postularetur; at non caussa efficiens, propter quam illa utilitas præstetur. Quinimo si quis putet propter alicuius culpam aut factum hanc utilitatem desiderari: potius dicendum sit, id creditoris culpa aut prætoris accidere, quam debitoris. Creditoris quidem, quia alio loco agit contra stipulationem. Prætoris autem, qui hanc actionem. Constituit. Cur enim agitur non suo loco? cur eius loci utilitas stipulatione constituta ei aufertur? Ut creditori consulatur, inquies. Sed huius utilitas reo nocere non debet, ut dixi ad L. 1. Quid superest igitur ad vitandam huiusmodi iniuriam, nisi ut id fiat, quod quærimus: ut scilicet quandocunque cum debitore alibi agetur, etiam mora ab eo facta, semper actio sit arbitraria, qua utilitas loci illi conservetur? Et vero id ita præpositum prætori, et factum esse luculenter declaratur in *d.* §. *loco*, *Inst. de act.*

Hæc ipsa ratio facit, ut ne tertium quidem illud debitori post moram obiici possit, quod creditori supra obiiciebamus. Negabamus utilitatem loci ei præstandam, si per eum stetisset, quo minus eo loco pecuniam in tempore acciperet: quia si quid hic damni esset, quod tum suo loco solutum non sit, aut nunc non solvatur, id ipsius culpa contingeret: ut qui nec suo tempore pecuniam acceperit, cum posset, et nunc ultro alio loco experiatur. Porro regula iuris efficit, quod quis sua culpa damnum sentiat, sentire non videri. *L. quod quis ex culpa*, *infr. de reg iur.* Non idem, inquam, debitori obiici posse ex prioribus intelligitur. Quod enim loci constituti utilitatem nunc reus desiderat, cum alio loco agitur, non eo fit, quia prius suo loco non solvit, sed quia nunc alio loco petitur. Nam si suo loco ageretur, etiam nunc eius loci utilitatem salvam haberet. *d.* §. *loco*, *in fin. de action.* Quod autem creditor agit alio loco, effectum est non debitoris in eo culpam esse; sed aut creditoris, qui contra stipulationem ita agat; aut prætoris, qui alio loco actionem constituerit: quod factum ita demum carere iniuria potuit, si sic actio constitueretur creditori alio loco, ut ea res utilitatem loci reo quæsitam non auferret. Nihil igitur proponitur, quo minus debitori utilitatem loci ex stipulatione ipsa sibi recte defendendi ea utilitas omnimodo salva manere debeat, etsi maxime in pecunia eo loco solvenda prius moram fecerit. Ut iam efficiatur, quod proposui, in arbitraria actione qua alio loco agitur, utilitatem actoris venire sub conditione, si per debitorem steterit, quominus pecunia suo loco solveretur; debitoris autem semper, etsi maxime ipse in mora fuerit, quominus eo loco solveret. Atque hanc sententiam iuris auctorum esse ex eo sciri potest, quod cum debitori tribuitur utilitas loci, nusquam additur hæc conditio, si ipse moram

ram

ram non fecerit, aut si per creditorem factum sit, quominus ei suo loco solveretur. Quod contra fit in creditore, cuius quidem dicitur utilitas æstimari; sed hac conditione certis locis addita: si per debitorem steterit, quominus suo loco solveret. Ac quæ sit differentiæ ratio, satis supra ostendi.

7 Hoc posito, sequitur † tertium, de quo quærebatur, ut si per debitorem factum sit, quominus pecunia suo loco solveretur: tum petitione alio loco instituta, fiat, quod hic Ulpianus scribit: utriusque utilitas in arbitrariam actionem veniat, tam actoris quam rei: amborum quidem separatim, modo huius, modo illius, prout huius aut illius intererit, si modo non interest utriusque eodem tempore. At si simul intersit, etiam simul utriusque utilitas veniat. Actoris quidem ideo, quia per debitorem mora facta sit; debitoris autem, quia huius mora non impediat, quominus utilitatem loci sibi stipulatione quæsitam retineat. Opponuntur ii loci, quibus dicitur disiunctim, rei vel actoris utilitatem æstimari, ut *L. centum*, *infr. eod.* et quod idem est, in æstimationem venire, quod interest *alterutrius*, ut dicta *L. unica*, *C. ubi conven. qui cer. loc.* nam *alterutrius* valet, alterius ex duobus. Itaque utrobique disiunctiva est oratio, cuius hæc vis est, ut alterum sufficiat. *L. si quis ita*, 129. *infr. de ver. obl.* Imo ut qui loquitur, non utrumque velit, sed alterum dumtaxat. Arg. *L. si Titio*, 16. *infr. de legat.* 2. Nec licet, ut videtur, eo nunc confugere, ut quoniam usu iuris ita comparatum est, ut sæpe disiuncta accipiantur pro coniunctis: *L. sæpe*, *infr. de ver. sig.* ideo dicamus et in superioribus orationibus idem faciendum. Res enim non patitur, ut ita accipiamus: quoniam non semper potest utriusque ratio haberi. Non certe potest, cum reus in mora non fuit, quominus suo loco solveret. Tunc enim utilitas actoris non venit, ut diximus. Sed etsi per debitorem steterit: quamvis possit iure æstimari utriusque utilitas; re tamen ipsa sæpe, fit, ne veniat in æstimationem: quia utriusque non interest, sed huius, aut illius, aut neutrius. Unde bene dictum; in æstimationem venire id quod interest *alterutrius*, ut significetur huius aut illius, prout alterutrius intererit. An non ergo potius contraria hæc habenda sunt, utriusque utilitatem venire tam actoris, quam rei; et venire alterutrius, seu rei vel actoris: cum coniunctiva oratio utrumque complectatur; disiunctiva alterum tantum desideret? *d. L.* 129. *infr. de ver. ob.* Et contraria videri possent, nisi in utraque oratione inesset conditio, quæ rem expediret. Nunc autem ea conditio inest, quæ mentem loquentium satis explicat, docetque utramque orationem eandem vim habere, atque hoc efficere, ut et separatim alterutrius ratio haberi possit, si alterius tantum intererit, et possit ac debeat utriusque, si utriusque intersit. Cum enim hic dicitur, venire utriusque utilitatem, seu quod utriusque interest, perspicuum est dici hac conditione: siquidem ulla sit hæc utilitas utriusque, quæ æstimetur, seu si quid eorum intersit. Unde intelligitur contraria conditione hoc exprimi, si non intersit utriusque, sed unius, huius rationem haberi, sic tamen: ut nihil referat, utrum actor sit, an reus; si neutrius intersit, nihil æstimari. Atqui illius alterius orationis disiunctivæ eadem vis est. Cum enim dicitur, æstimari quod alterutrius, seu quod rei vel actoris interest, inest hic quoque illa eadem conditio, si huius aut illius intersit. Porro qui dicit, separatim actoris rationem habendam, si eius interest, et rei separatim eadem conditione si eius interest: aperte hoc exprimit etiam coniunctim utriusque habendam rationem, si utriusque simul intersit: quoniam non minus huius aut illius interest, etsi coniunctim utriusque interest: neque vero unius utilitas alterius utilitatem aut ius excludit: cum ut natura utriusque interesse potest, sic et per rerum naturam ratio haberi possit utriusque. Ita in summa orationes superiores figura verborum partim coniunctivæ sunt, partim disiunctivæ; re autem et potestate sunt utrumque: quia efferuntur sub conditione, qua fiat, ut sub conditione etiam contraria, modo disiunctio, modo coniunctio intelligatur. Dici etiam potest in *d.* L. *unica*, *C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promis.* potius dictum esse, quod alterutrius interest, quam quod utriusque, ut aptaretur definitio ad dubitationem, quæ vetus in hac actione inerat. Ut enim ostendi initio huius capitis, constabat alio loco petenti actionem propositam esse, sed arbitrariam, idque rei caussa, ut loci utilitas quæ illi stipulatione quæsita erat, arbitrio iudicis ei salva esset. *d.* §. *loco*, *Inst. de act.* Vetus dubitatio fuit, an et actoris rationem haberi oporteret. Ac tandem receptum, ut eius quoque haberetur, ut hic significatur in principio et in §. *ult.* Ad hoc exprimendum definitio *d.* L. 1. *C. ubi conven.* collata est, et consulto ita concepta, *in quam*

venit

venit æstimatio, quod alterutrius interfuit: ut significaretur nihil referre, utrius ex litigatoribus interesset, reine, an actoris. Uter eorum esset, eius rationem haberi, tam actoris scilicet, quam rei, ut hic scriptum est. Qui autem dicit etiam actoris haberi rationem non minus, quam rei, non negat utriusque esse habendam, si utriusque simul interest. Quin potius utriusque habendam esse confirmat, quandocunque eius intererit. Rata igitur sint tria illa, quæ in definitione Ulpiani initio hic tradita tenenda esse supra proposuimus: ut arbitraria actio, qua alio loco agitur, sic utriusque tam actoris quam rei utilitatem contineat: ut actoris utilitas veniat solum hac conditione, si per debitorem steterit, quo minus suo loco solveret; rei autem semper, etsi moram fecerit. Si quando autem eveniet, ut utriusque intersit suo loco solvi, et ratio actoris habenda sit, quod fit, si debitor solutioni moram fecerit: dicendum, tum vere utriusque utilitatem venire, ut æstimetur scilicet simul quod utriusque interest, non quod alterutrius.

8 Quod si rei interest.) † Utilitas utriusque, seu quod utriusque aut alterutrius interest, in æstimationem venit, quod ante definierat. Quomodo æstimetur, quæritur: de quo subiicit. In eo autem hæc dubitatio est. Eo enim æstimari constat, quod huius aut illius interest, ut ei cuius interest, præstetur ab adversario sententia iudicis. Quæritur ergo, ut ei præstetur, an adversarium in eam utilitatem damnari oporteat, an aliqua alia via sit ad eam rem compendiosior. Et monet, si de actoris utilitate agatur, reum in hanc summam condemnari debere, ut cum fortis condemnationi huius summæ condemnatio accedet, maioris pecuniæ condemnatio fiat. At si agatur de utilitate rei: compendiosam hanc esse viam, non ut actor in eam damnetur, ut sic deinde eius summæ fiat compensatio cum ea summa, quam reus debebit; sed ut ea compensatione iam ante præsumpta, minoris pecuniæ fiat condemnatio a iudice, quam intentatum est. Itaque si proponas centum deberi Capuæ, et quod pecunia Capuæ suo tempore soluta non est, parato ibi accipere, damnum passus sit actor ad viginti: reus alio loco conventus in centum et viginti damnabitur. At si rei intersit ibi solvi ad viginti: non condemnabitur reus in centum, et actor in viginti; sed una erit condemnatio, qua iudex statim id consequatur: ut scilicet reus damnetur in octoginta. Hæc enim summa reliqua futura erat, si reus in centum, et actor in viginti damnatus esset: ac deinde reus hæc viginti cum aliis viginti quæ debet ex sorte, pensare vellet. Atque hæc ita sunt, si aut solius actoris intersit, aut solius rei. Quid fiat, si simul utriusque intersit, pecuniam suo loco solvi, et rationem utriusque haberi velimus? Conveniens est superiori rationi, quod Ioannes sensit, ut concurrentium quantitatum compensatio fiat; quod reliquum est, ita habeatur, ut solum sit æstimandum, æstimeturque ad rationem superiorem, prout id quod excedit, actoris erit, aut rei. Ut puta, rei utilitas est decem, actoris quinque: compensabuntur quinque invicem: quæ reliqua sunt quinque ex decem, sic habebuntur, quasi solius debitoris ad eam quantitatem intersit. Quo constituto, consequens est Ulpiani sententiæ, ut eatenus minoris fiat condemnatio: idemque valet vice versa.

Ad §.



Ad §. Hæc autem actio etc.

Hæc autem actio ex illa stipulatione venit, ubi stipulatus sum a te, Ephesi decem dari.

Si quis Ephesi X. aut Capuæ hominem dari stipulatus, experiatur, non debet detracto altero loco experiri, ne auferat loci utilitatem reo.

Ad §. Non utique etc.

Scævola lib. 15. Quæstion. ait.

Non utique ea, quæ tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate. Sed quid debeat, esse in ejus arbitrio: an debeat, non esse. et ideo eum, qui Stichum aut Pamphilum promisit, eligere posse, quem solvat, quandiu ambo vivunt: cæterum ubi alter decessit, extingui ejus electionem, ne sit in arbitrio ejus, an debeat, dum non vult vivum præstare quem solum debet. Quare et in proposito eum, qui promisit Ephesi aut Capuæ, si fuerit in ipsius arbitrio ubi ab eo petatur: conveniri non potuisse. Semper enim alium locum electurum. Sic evenire, ut sit in ejus arbitrio; an debeat. Quare putat posse ab eo peti altero loco et sine loci adiectione. Damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit Scævola, petitorem electionem habere, ubi petat; reum ubi solvat: scilicet ante petitionem. Proinde mista (inquit) rerum alternatio locorum alternationi, ex necessitate facit actoris electionem et in rem propter locum. Alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem.

SUMMARIA.

1. *Ex stipulatione* Ephesi dari, *venire actionem hanc arbitrariam*, *quomodo accipiendum.*
2. §. Scævola *unus contextus*, *et conjucta sententia cum præcedenti.*
3. §. Scævolæ *summa*: *et num.* 10.
4. *Tacite quæ insunt stipulationi*, *non esse semper in rei potestate*, *quid sit.*
5. *In Alternativis electio debitoris*, *quando.*
6. *In Electione dandi reus voluntatem mutare potest*: *quoties velit.*
7. *Electionem actor habet*, *utro ex duobus locis disjunctim constitutis agat*, *et potest uno agere sine alterius loci adjectione vel altero loco detracto*; *et hoc quid sit.*
8. *Electionem ubi solvat*, *habet reus ante litem contestatam*, *post amittit*: *et cur utrumque.*
9. *Electio actoris est*, *etiam in rebus disjunctim promissis*, *cum locorum alternationi mixta est rerum alternatio*, *et quare.*
11. *Locis duobus constitutis*, *si alio agatur*, *et de æstimanda unius ex constitutis utilitate queratur*, *electionem esse actoris*, *utrius loci utilitatem æstimari velit.*

Generaliter tenendum est, arbitraria actione agi posse non tantum de eo, quod certo loco dari stipulatione promissum est, sed et de eo, quod quavis ex caussa et obligatione certo loco dari debuit: ut si quid a testatore iussum sit dari certo loco; si pecunia mutuo data, ut certo loco reddatur. *L. si heres*, §. 5. *et L. seq.*
1 *infr. eod.*† Quid est igitur, quod Ulpianus initio hic dicit, *hanc actionem venire ex illa stipulatione*, *ubi stipulatus sum a te Ephesi decem dari*? Si ex illa stipulatione solum intelligit: falsum. Si ex aliis etiam caussis, ineptum et fallax: cum non potius ex illa caussa, quam ex aliis dicere debuerit. Imo ex illa stipulatione venire hanc actionem, nec otiose, nec minus vere dictum est. Ut intelligatur ex illa sola: non tamen ut excludantur cæteræ caussæ diversæ a stipulatione; sed ut stipulationes aliæ diversæ ab ea, quæ nunc proponitur. Non enim dicit, hanc actionem venire ex stipulatione, qua quid certo loco dari promittitur, quibus verbis excluderentur cæteræ caus-

caussæ et conventiones; sed venire ex illa stipulatione: ut intelligatur, ex illa, non ex aliis: quod et verum est. Est enim hic genuinus sensus Ulpiani hoc loco, qui ex sequenti §. perspici potest: cum quid certo loco dari promissum est, non posse peti id alio loco, nisi arbitraria actione; sed ita, si promissum sit uno loco dari, puta Capuæ, quale est exemplum, quo Ulpianus utitur. Sic, inquam, alio loco, quam Capuæ peti potest, sed arbitraria actione dumtaxat: idest, hac conditione, ut Capuæ mentio fiat, et eius loci utilitas reo servetur. Diversum, si quid promissum sit pluribus locis disiunctim, seu sub alternatione hoc modo: decem Ephesi, aut Capuæ dabis? vel decem Ephesi, aut Capuæ Stichum dabis? quod exemplum statim subiicit dissimile priori. Cur autem in hac genere diversum? declarat in §. *Scævola*, *seq.* quia in stipulatione posteriore, duobus locis ita expressis, licet quidem stipulatori Ephesi potius quam Capuæ, et Capuæ potius quam Ephesi, et in summa uno potius loco quam altero pro arbitrio expediri; sed licet ei facere, altero etiam loco detracto: et quod idem valet, licet altero loco experiri sine alterius loci adiectione: idest, ut ego interpretor, licet altero loco experiri pure, non arbitraria actione: non ita, ut alterius loci utilitas æstimetur, et præstetur reo. Hoc, inquam, est, quod subiicitur in *vers. seq. et* §. *Scævola*: declaraturque in illis verbis QUARE PUTAT POSSE. †

2 Quod ut plane intelligatur, etiam animadvertendum est sententiam *vers. si quis Ephesi*, *et* §. *Scævola*: *seq.* conjunctam esse, et hujus quæstionis disputationem continenere. Unde et hi §§. duo bene leguntur in Pandectis Flor. uno contextu, non ita, ut ante in exemplaribus vulgaribus; ut §. *Scævolæ*, sit L. 3. cujus initium sit, NON UTIQUE. Sed illud magis animadvertendum, quod alios in explicatione hujus loci fefellit, *in vers. seq. Si quis Ephesi*, non tradi sententiam affirmativam, ut vulgo sententia punctis notatur; sed proponi quæstionem per interrogationem, ut sit: *non debet*, pro *an non debet*: seu *debetne*, *detracto altero loco experiri*, *ne auferat loci utilitatem reo*? De qua quæstione ita posita deinceps respondetur ex disputatione Scævolæ subjecta in §. *Scævola*: quam ob caussam et is locus non §. disjuncto, sed continenti oratione legi debet. Id ita esse duobus argumentis certissimis convincitur. Primum quod Ulpianus in §. *Scævola*, *vers. Quare putat*, verbis Scævolæ diserte affirmat, in stipulatione proposita, *Ephesi aut Capuæ dari*, posse uno loco agi, etiam altero non adiecto, ut sic nec alterius loci utilitas reo præstetur. Ex quo intelligi debet, nihil eum prius contra affirmasse, ut diceret, si quis uno loco ageret, non debere eum detracto altero loco experiri, ne auferat loci utilitatem reo. Nunquam enim sanus homo eodem in loco tam contraria conceptis verbis scriberet. Quod si non affirmavit, in principio actorem non debere experiri: relinquitur, ut an non deberet, solum in quæstione posuerit. Deinde in *vers. Quare et in proposito*: his verbis, *et in proposito*, evidenter declarat, se quæstionem proposuisse de stipulatione ea, de qua responsum Scævolæ agit: cum scilicet promissum est, aliquid dari Ephesi aut Capuæ. At eam quæstionem non proposuit, ac ne attigit quidem prius in §. *Scævola*, ut ex lectione apparet. Necesse est igitur, eam quæstionem intelligat, quam de ea stipulatione proposuerit in *vers. præced. Si quis. Ephesi*: quam et illic indecisam reliquerit; post autem de ea ex professo respondeat in *d. vers. Quare et in proposito.* Hoc interpretes non assecuti hoc loco, in duo magna incommoda impegerunt. Unum, quod in *vers. Si quis Ephesi*, orationem affirmativam statuentes, antinomiam sibi nexuerunt indissolubilem ex §. *Scævola*, *vers. Quare putat.* Alterum, quod non animadvertentes scopum disputationis Scævolæ, quæ subiicitur, coguntur fateri Ulpianum in *d.* §. *Scævola* invehere disputationem de obligationibus alternativis; rem alienissimam a tractatu de eo, quod certo loco dari promissum est, de quo nunc agitur.

Hoc intellecto, redeo ad quæstionem, et responsum de ea tum Scævolæ, tum Ulpiani. † Quæstio est, in qua quæritur, cum 3
quis ita stipulatus est, *Ephesi decem*, *aut Capuæ Stichum dari*: an possit creditor altero loco ex his agere, prout velit, etiam alterius loci utilitate omissa; an vero non debeat altero detracto experiri, ne eius utilitatem auferat reo. Non videbatur detracto altero loco posse. Cum enim illud aut illud promissum est, et generaliter, cum plura stipulatione comprehensa sunt disiunctim, seu alternatim, placet debitoris esse electionem. §. *huic autem*, *Inst. de act. L. plerunque*, §. *ult. infr. de iur. dot. C. in alternativis*, *de reg. iur. in* 6. Consentaneum igitur, ut sit et in proposita specie electio debitoris, utro loco conveniatur. Porro hæc electio facit, ut uno loco electo alter perinde habeatur, quasi nec adiectus es-

esset. Unde eveniet, ut si reus altero conveniatur, debeat etiam alterius electi utilitas æstimari: ut fieret, si debitor alio loco conveniretur, quam de quo convenisset. Ulpianus autem verbis Scævolæ respondet, licere in proposito creditori altero loco experiri, et rem ei loco destinatam ibi petere, prout velit, sine alterius loci adiectione. Quæ summa est disputationis Scævolæ, quæ sequitur in *d.* §. *Scævola.* Constat autem locus hac argumentatione: cuius partes ad intelligentiam loci diligenter observandæ sunt. Non debet in arbitrio debitoris esse electio, qua fiat, ut si velit, non debeat. Cum autem quid promissum est, Ephesi aut Capuæ dari, si electio debitoris est, utro loco ex his solvat: erit in eius arbitrio, an debeat: et quidem efficiet, si volet, ne debeat: uno enim loco conventus semper alterum eliget. Quare in his non debitoris ubi solvat, sed creditoris, ubi petat, electio esse debet. Si electio creditoris in locis, erit et in rebus superiore stipulatione comprehensis: utrumque ita, ut cum uno loco ex his suo proprio iure agat, non necesse habeat arbitraria actione experiri, idest, ita, ut alterius loci utilitatem reo tribuat. Propositio est in initio: Assumptio in illis verbis, QUARE ET IN PROPOSITO. Conclusio illic, QUARE PUTAT. Et hæc in locis. De rerum electione in extremo, illic, PROINDE MIXTA. Nunc singulas partes ordine exponam.

AIT, NON UTIQUE EA QUÆ TACITE INSUNT STIPULATIONIBUS. His verbis Scævola statim initio occurrit tacitæ obiectioni illi de qua supra diximus. Nam hic creditori locum, in quo agat, eligenti opponitur regula iuris de stipulationibus alternativis: in quibus traditur, electionem esse debitoris, non
4 creditoris. † Occurrit, inquam, statim initio Scævola, et significat, ut plurimum id ita esse, sed non semper. Hoc est enim, quod ait: *ea quæ tacite insunt stipulationibus*, *non utique*, idest, non continuo, non omnimodo semper *in rei esse potestate.* Ea dicuntur tacite stipulationibus inesse, quæ dantur et competunt ex stipulatione aut reo, aut stipulatori; sed utri tribui debeant, incertum, quia verbis stipulationis expressum non est. Cuius generis est electio locorum, cum quid Ephesi aut Capuæ dari promissum est; electio rerum, cum decem, aut Stichus promissus est; electio solutionis in tempore, cum quid promissum est Calendis, et quæritur, an reus etiam ante Calendas solvere possit, necne. Non sunt hæc, inquit, semper in potestate, idest, non semper reo tribuuntur, ut de illis pro arbitrio possit statuere, vel ut his utatur ipse si velit, vel ut ea permittat creditori. Hinc Scævola subiicit, quando hæc sint in rei potestate, quando non sint, unde propositionem extruit argumentationis propositæ. † Sic igitur definit: 5
quid reus debeat, *esse posse in eius arbitrio*; *an debeat*, *non esse.* Sensus est: tunc debitoris electio est in alternativis, cum electio ei tributa hoc relinquit, ut aliquid debeat et solvat, sitque electio in eo solum, ut quæratur, quid debeat. Quod si ei tributa electio faciat, ut si velit, nihil debeat: tum sane electio eius esse non debet: neque enim in arbitrio eius esse convenit, an debeat. Quod sumptum est ex iis regulis, quæ sunt de interpretatione cuiusque obligationis. Nam cum aliquid ambiguum est in stipulatione, placet quidem stipulationem interpretandam esse pro reo contra stipulatorem, *L. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus*, *L. quidquid*, *infr. de verb. obl.* idque propter favorem tum reorum, tum liberationis: *L. favorabiliores*, *infr. de reg. iur. L. Arrianus*, *infr. de obl. et act.* Sed hæc interpretatio tandiu recipitur, quandiu ex ea aliquid deberi potest. Quod si ita interpretando stipulatio fiat inutilis: ibi placet verba pro stipulatore interpretanda contra promissorem: alia regula ita dictante, semper in stipulationibus id accipiendum esse, quo res de qua agitur, valeat potius quam pereat: quia scilicet hæc mens fuerit contrahentium, ut aliquid agerent, non ut luderent, *L. quoties in actionibus*, *L. ubi*, *infr. de reb. dub. L. quoties in stipulationibus*, *infr. de verb. obl.* Hanc propositionem confirmat in illis verbis, ET IDEO EUM, QUI STICHUM AUT PAMPHILUM PROMITTIT. Est enim in his verbis non tam illatio ex præcedenti propositione, quam propositionis confirmatio. Illatio quidem est, ut est figura verborum; sed illatio eo comparata, ut ex superiore definitione inferat eam sententiam, quæ si in hac specie vera est, ut certe vera et in confesso est: necesse sit, intelligi veram esse et illam definitionem generalem, unde hæc sententia ducitur. Et ideo effectus hic positus ad caussam probandam: quam et vim horum verborum notavimus in *L.* 3. *vers. pen. supr. de condict. triticiar.* Argumentum autem tale est: cum quis stipulatus est Stichum aut Pamphilum: quandiu ambo vivunt, electio debitoris est, utrum solvat, et quidem perpetuo, donec solverit, *L. plerunque*, §. *ult. infr. de iur. do. L. qui ex* plu-

pluribus, 106. *L. eum qui certarum*, 138. §. *ult. infr. de ver. obl.* Uno autem mortuo exstinguitur electio debitoris, qui eum, qui restat, solum debere incipit. *L. Stichum, in pr. infr. de solut.* Quæ non alia de caussa in eadem specie stipulationis ita recepta sunt, quam quod utroque vivo, dum debitoris electio est, quod solvat, saltem hoc manet, ut sit quod solvat, nempe alter ex duobus. Cum autem unus mortuus est, si adhuc debitori electionem servamus, eveniet, ut sit in arbitrio eius, an debeat, atque adeo ut nihil debeat: mortuum enim eliget, ne vivum præstet: atque ita nihil dabit. Stat igitur propositio hæc, nunquam debitoris electionem esse debere, ubi electione efficietur, ut sit in eius arbitrio an debeat.

Ait, quare et in proposito eum qui promisit. Assumptio est, ut dixi, institutæ argumentationis, hoc modo. Si in proposito cum quis promisit Ephesi aut Capuæ, erit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur: futurum est, ut conveniri non possit. Semper enim, inquit, alium locum eliget. Sic eveniet, ut sit in eius arbitrio, an debeat. Non extulit quidem hanc assumptionem particula adversativa, ut in assumptionibus argumentorum fieri solet; sed quasi concludens aliquid, dixit, *Quare in proposito*: in quo lectores falli possunt. Sed nihilominus assumptionem esse apparet, quæ definitionem generalem quæ præcessit, ad speciem et quæstionem propositam accommodat. Ideo autem collectionis et illationis particula potius usus est, quia huius assumptionis caussam et rationem ex præcedente sententia ducebat. Dixerat enim prius, cum ex duobus hominibus promissis unus mortuus est, ibi electionem debitoris non esse, quia alioqui esset in eius arbitrio, an deberet; idque hac ratione: quia posset eligere mortuum, dum non vult vivum præstare. Si hoc in electione rerum recte dicitur, bene colligit probandum esse et in locorum electione: quia et hic eadem ratio sit, quæ superius. Si enim electionem locorum reo dabimus, sequetur, ut conveniri non possit, eoque nec debeat eadem illa ratione, quia semper alium locum sit electurus.
6 † Animadvertendum est, quod ait, *semper*. Quo vult intelligi debitorem si ei loci electionem demus, uno loco conventum sic posse alterum eligere, ut possit id facere non semel; sed ita, ut si eo loco conveniatur, quem prius elegit, liceat tamen ei alterum illum rursum eligere, quem repudiaverat, et ita in infinitum voluntatem mutare, quoties velit, donec aliquid solverit. Idque in electione debitoris ita esse traditur in *d. L. eum qui certarum*, 138. §. *ult. de ver. obl.* Hæc vero facultas mutandæ voluntatis in locis conventionis aperte facit, ut reus si velit, nihil debeat.

Ait, quare putat posse ab eo peti. Hic conclusio est argumentationis, qua de locorum electione ita colligit: † Si in propo- 7
sito loci electio reo tributa facit, ut is si velit, nihil debeat: ideo electionem ei dandam non esse, ubi conveniatur, sed stipulatori, ubi petat: et addit, quod ad quæstionem initio propositam pertinet, actorem sic *petere posse altero loco*, ut possit *et sine loci adiectione*. Non dixit, loci alterius. Sed hoc satis intelligitur ex verbo *adiectionis*. Non enim potest locus adiici, nisi alius. Hæc autem verba sine alterius loci adiectione valent: altero loco non adiecto, vel altero loco detracto, ut in quæstione proponenda expressum est initio in *vers. si quis Ephesi*. Quæ omnia hanc significationem habent, posse stipulatorem altero loco, quem velit, experiri ita, ut neque alterius loci mentionem faciat, neque eius alterius loci utilitas æstimari debeat. Alterius loci mentionem facere non debet: quia cum habeat loci electionem, uno electo perinde habendum sit, quasi is solus esset in obligatione. *L. si quis stipulatus*, 112. *in pr. infr. de ver. obl.* Eadem ratio facit, ut dum uno loco agit, alterius loci ratio haberi non debeat: quia si uno tantum loco dari quid promissum esset, et eo loco ageretur, ut fieri volumus, cum ex duobus disiunctim positis unus electus est, eius solius loci utilitas æstimaretur, non alterius cuiusquam. *L. 4. in pr. hic.* Nihil ad rem pertinet, quod dicitur, cum alio loco agitur, alterius loci stipulatione comprehensi utilitatem reo æstimandam et præstandam esse, hac *L. 1. in pr. et §. loco, Inst. de act.* Hoc enim ius adversus eos solum comparatum est, qui alio loco petunt, quam quo ex stipulatione dari debuit. *L. 1. supr. eod. d. §. loco.* Nunc autem cum duobus locis disiunctim aliquid dari promissum est, et altero ex his agitur, semper verum est, loco constituto agi, non alio. Ex quo efficitur, quod diximus, eius quoque solius utilitatem esse spectandam.

Ait: et generaliter definit Scævola. Dixerat, in locis stipulationis propositæ actori dari electionem petitionis. † Quæreret 8
ergo aliquis, an non sit in potestate rei, utro loco ex his velit solvere. Quod si sit,

sit, an non hæc contraria videri debeant, posse reum eligere, ubi solvat, et nihilominus actorem posse eligere, ubi petat. Ideo quod in superiore sententia obscuri erat, explicat, et ostendit, sic actorem electionem habere, ubi petat, quod prius posuerat: ut nihilominus reus electionem habeat, ubi solvat. Neque ideo hæc inter se contraria esse: quia reus istam electionem habeat ante petitionem, idest, ante quam uno loco petierit. Quo significat, postquam petiit, sic procedere intentionem eius loci, ut reus alibi offerendo eam petitionem evitare non possit, sed cogatur ibi solvere. Ubi petitionem usitato more iuris auctorum, non quamlibet interpellationem actoris accipere debemus; sed eam, qua iudicio petitum est, idest, litem contestatam. *L. amplius*, *infr. rem rat. hab. L. si quis stipulatus*, 57. *infr. de sol.* Itaque hæc sententia est definitionis huius loci: reum, qui promisit decem Ephesi aut Capuæ, posse ante litem secum contestatam altero ex his locis pecuniam offerre, ut oblatam recusare creditori impune non liceat; sed aut ea obsignata liberetur in totum reus, aut sine obsignatione creditor qui non accepit, moram faciat: unde quandocunque postea alibi petetur, servari debeat prioris illius loci utilitas reo, quam non amisisset, si creditor accipere voluisset. *L. qui decem*, *infr. de solut.* At si semel cum reo actum sit uno loco, et lis cum eo contestata: tum incipere vere et immutabiliter pecuniam peti, ut iam non modo non liceat reo in alium locum revocare, sed nec alibi solvere invito creditore. Quod ius non in hac caussa tantum valet, sed perpetuum est: ut cum ad evitandam aliquam petitionem licet alterius rei præstatione defungi; tandiu eam facultatem retineamus, donec lis contestata fuerit: post litem autem contestatam eam amittamus. *d. L. si quis stipulatus*, 57. *de sol. L. si insulam*, *infr. de ver. obl. L.* 1. *infr. de pen. leg. L. cum sine*, *infr. quan. di. leg. ced.* Sed videamus, ne hæc definitio ipsa secum pugnet. Nam si debitor post litem contestatam electionem non habet, ubi solvat, quomodo habet ante litem contestatam, si nihil novi natum est? et contra si hanc electionem habet ante litem contestatam, cur eam litis contestatione amittit? Et recte utrumque propriis rationibus. Cum enim ante litem contestatam altero loco ex duobus debitor solvit, facit, ut aliquid debeat, atque etiam præstet: nempe id quod solvit. Supra autem a Scævola definitum est: quandiu electio facit, ut debitor aliquid debeat, tandiu in arbitrio eius esse, quid solvat. Lite contestata si nihil novi incideret, nihil posset dici, cur non et tunc eandem electionem retineret, cum et tunc uno loco solvendo pariter faceret, ut aliquid deberet: quæ caussa erat prioris electionis. Sed litis contestatio ut res nova est, ita ius novum postulat. Litis contestatione debitor hanc electionem amittit ideo, quia quod prius debuit duobus locis disiunctim, idest, Ephesi aut Capuæ: id lite semel uno loco contestata, eo solum loco debere incipit. Iudicio enim accipiendo contrahitur iudicati obligatio de re iudicio petita. L. 3. §. *idem scribit*, *infr. de pec.* Hæc obligatio semel petitori quæsita, postea facto debitoris ei adimi aut mutari non potest. *L. ult. supr. de pact. L. habere*, *in fi. infr. de evict.*

Ait, proinde mixta, inquit, rerum alternatio. Nondum plene responderat ad quæstionem propositam. Nam superius solum effectum est, electionem loci stipulatori dandam esse, ubi idem Ephesi aut Capuæ dari promissum est, id est, idem duobus locis sub alternatione. Nunc autem proposita est ea stipulatio, in qua *locorum altarnationi mixta est rerum alternatio*, ut Scævola loquitur: id est, in qua non tantum quid promissum est duobus locis sub alternatione, id est, disiunctim; sed præterea duæ res promissæ sub eadem alternatione: puta decem, aut Stichus. Et hæc mixta sunt locorum alternationi hoc modo: decem Ephesi, aut Capuæ Stichum dabis? Hæc enim illa est stipulatio, quæ proponitur in §. 1. *huius L.* 2. illic, *Si quis Ephesi*, de qua responderi dixi verbis Scævolæ in §. *Scævola.* Porro rebus disiunctim promissis non dubii loci rerum electionem faciunt debitoris. *L. plerunque*, §. *ult. infr. de iur.* §. *huic autem*, *Inst. de act.* Hoc igitur restabat, ut et de eo Ulpianus responderet. Quod et facit verbis eiusdem Scævolæ, cuius de tota illa quæstione responsum *Libro* 15. *quæstionum* exstabat. † 9
Sic ergo Scævola respondet, ut loci electione actori data, quod supra constituerat, hinc colligat in proposito etiam rerum electionem ei dandam. At enim rebus sub alternatione promissis, placet, electionem esse debitoris. *d. L. plerunque*, §. *ult. de iur. dot.* §. *huic autem*, *Inst. de act.* Hoc ita esse agnoscit semper alias, cum rerum alternatio mixta non est, ut nunc proponitur. Hæc mixtura *facit*, inquit, *actoris electionem et in re propter locum*, idest propter loci electionem, ut recte Accursius inter-

terpretatur: Neque enim locus solvendi stipulationi adiectus aufert ipse per se electionem debitori: sed locorum alternatio, et horum electio, quæ actori tribuitur. Quid enim si quis promisisset decem aut Stichum Ephesi. Non eo minus rerum electionem haberet, quam locorum alternatio, quæ nulla est, non abstulit. Non ergo simpliciter in proposito propter locum solutioni adiectum actoris electio est in rebus disiunctim promissis; sed propter loci electionem, quæ hic actori tributa est. Idque est, quod Scævola vult intelligi: ideo scilicet in proposito electionem rerum ex necessitate fieri actoris, quia et is prius loci electionem habeat. Unde hanc sententiam infert ex præcedentibus: ubi actorem dixerat, non locum habere, sed loci electionem, ubi petat. Addidit, *ex necessitate*: indicans necessitatem non absolutam sed consequentiæ, qua fiat, ut sic priori illa electione loci actori data, necesse sit proter hanc etiam rerum electionem sequi. Sed cur necesse, aut cur necessario consequens ex prioris electionis concessione? quia, inquit, *tollis actori actionem, dum vis reservare reo optionem*, Actionem, idest, electionem loci, ac per electionem etiam agendi et petendi potestatem, ut supra ostendimus. Porro in locis electionem esse actoris ubi petat, ne actionem amittat, ante effectum erat et definitum a Scævola, ut hanc actori tolli ipse absurdum putet. Ex quo efficitur, et rerum electionem in proposito actoris esse debere. Illud in hac ratiocinatione quæstionem habere potest, quod ait: tolli actori loci electionem, et simul actionem, si reo electionem rerum reservemus. Quid enim commune habent loca cum rebus, ut in specie stipulationis proposita necesse sit rerum electione actori adempta etiam detrahi locorum electionem? Id vero sic efficitur. Nam si ex hac stipulatione, decem Ephesi, aut Stichum Capuæ dabis? decem petantur Ephesi, et liceat debitori Stichum eligere, licebit simul eligere Stichum Capuæ, quia Stichus Capuæ promissus erat. Et e converso si Stichus Capuæ petatur, et liceat debitori decem optare, licebit eadem opera eligere decem Ephesi, quia decem Ephesi erant pro-
10 missa. † Ita quæstio confecta est. Responsi autem summa hæc, quam initio indicavi: nunc nihil vetat subiici explicatius. Si quis Ephesi decem, aut Capuæ Stichum stipulatus sit, electionem eum habere, non solum in locis: utrum Ephesi, an Capuæ petat; sed etiam in rebus: utrum petat decem Ephesi, an Stichum Capuæ. Idque immutabiliter post litem contestatam. Cumque id faciet; tametsi uno tantum loco agat, tamen posse id eum facere etiam sine alterius loci adiectione: idest, ita, ut alterius loci ratio non habeatur. Proinde posse ita experiri ordinaria actione ex stipulatu descendente, non autem actione arbitraria, quæ alio loco agenti proposita est: quia ut maxime altero loco constituto non agat, tamen agat eo, qui et ipse solutioni constitutus est. Hæc ita, inquam, si quis hic altero loco ex iis quæ constituta sunt, experiatur. Quid, si alio loco agere volet? Redibimus ad edictum, intelligemusque etiam alio loco agendi potestatem esse; *L. 1. supr.* sed non nisi arbitraria actione, in qua æstimetur, quanti actoris aut rei intersit decem aut Pamphilum suo loco solvi: aut si forte una tantum res promissa erit Ephesi aut Capuæ, æstimetur quanti utriusque interest, altero loco ex his duobus pecuniam solvi. Hac *L. 2. in pr. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc.* §. *loco, Inst. de act.* † In qua æstimatione ma- 11
gis est, ut actoris sit electio, utrius loci utilitatem æstimari velit: quia ante definivit Scævola in *vers. et generaliter*, reum electionem habere, ubi solvat, sed ante petitionem: indicans post petitionem, idest, post litem semel de re petita contestatam non amplius debitoris electionem esse; sed actoris, non solum ubi petat, sed etiam ubi sibi solvi velit: neque referre, dum sit petitio, quo loco petitum sit, utrum uno ex constitutis locis, an alio. Quod et recte dicitur, ne lite alio loco iam cœpta, et eo iam adducta, ut de re iudicari oporteat, sit in potestate debitoris condemnationem protelare, aut etiam subterfugere, modo unius loci utilitatem eligendo, modo alterius, et in ea re mutando voluntatem, quoties velit: quod utique illi licere debet, si in hac utilitatis loci optione electionem eius esse dixerimus. *L. eum qui certarum*, 138. §. *ult. infr. de verb. obl.*

Ad §.

Ad §. Si quis ita stipuletur.

Si quis ita stipuletur, Ephesi et Capuæ, hoc agit, ut Ephesi partem et Capuæ partem petat.

S U M M A R I A.

1. *Locis duobus coniunctim constitutis, summa promissa utroque loco peti debet, singuli tamen pro parte, ut ab initio locis divisa.*
2. *Pars petitur singulis locis sine alterius loci adiectione.*
3. *Aliis locis si agitur, cuius loci utilitas æstimanda sit.*

DIxit, quid iuris sit in electione locorum, eorumque utilitate æstimanda, si decem promissa sint duobus locis disiunctim: puta Ephesi, aut Capuæ. Nunc apte subiicit, quod videri queat simile propter adiectionem locorum: quid sit iuris, si decem promissa sint duobus quidem item locis, sed coniunctim, hoc modo: *Ephesi et Capuæ.* Et ne quis similitudine locorum deceptus, idem hic esse putet: docet breviter, et velut aliud agens, non solum dissimilem hanc stipulationem esse, sed etiam quibus in rebus a superiore differat. *Si quis*, inquit, *ita stipulatur*, *Ephesi*, *et Capuæ*, *hoc agit* (sic enim recte, ut in aliis exemplaribus, non ut in Florent. *ait*, hoc enim non convenit subiunctivæ orationi, *ut petat*, quæ sequitur) *hoc agit*, inquam, *ut Ephesi partem et Capuæ partem petat.* Significat hic hanc stipulationem differre a superiore, ut duabus his rebus differat, loci petitione, et quantitate petitionis, cum locis constitutis agitur. Ex illa stipulatione, *Ephesi aut Capuæ*, uno tantum loco agi posse constitit, cuius electionem
1 stipulator habeat. † Ex hac posteriore *Ephesi et Capuæ*, non solum utroque loco peti potest, si stipulator velit, sed etiam peti debet secundum formam stipulationis: sicque accipi debet, quod hic dicitur Ephesi partem et Capuæ partem peti: Quippe disiunctio unum tantum locum statuit: coniunctio utrumque non tantum stipulatori ad agendum, sed etiam promissori ad utilitatem utriusque loci retinendam. Vis hæc est coniunctæ et disiunctæ orationis. *L. si ita stipulatus.* 126. *infr. de verb. obl.* §. *ult. Inst. de her inst. L.* 5. *infr. de cond. inst.* Quod si de quantitate quæritur, quam utroque loco petere oporteat: hæc differentia est, quod ex priore ut uno tantum loco debetur: sic et totum illic deberi, et ex sententia stipulationis totum peti necesse est, siquidem totum promissum est utiliter. Ex posteriore autem hic ostenditur, ut petitio locis dividitur, sic et summam: ut decem Ephesi et Capuæ promissis, non nisi quinque singulis locis peti nossint: et hoc ideo, inquit Ulpianus, *quia hoc stipulator agit*: proinde et promissor, qui eandem stipulationem respondendo sequitur. Ergo ideo, quia id actum est. At hoc actum qui intelligimus, cum sola decem uno complexu promissa sint? Nempe hoc modo. Constat decem sola hic promissa esse, et sola deberi. *L. si mihi et Titio.* 110. *L. cum qui ita*, 56. *in pr. infr. de verb. obl.* Hæc si petantur constitutis locis: alterutrum necesse est, aut tota decem singulis locis peti, aut singulis quinque, ut ex bis quinque decem efficiantur. At singulis locis decem solida peti non possunt, ut non amplius debeantur quam decem: sic enim efficerentur viginti, non decem sola. Restat igitur, ut sola quinque singulis locis deberi et peti posse intelligantur. Et recte ita definiemus: quemadmodum summa pluribus personis adscripta, pro numero personarum divisa intelligitur: *L. cui fundus*, *infr. de cond. et dem. L. reos*, §. *ult. infr. de duo. re.* sic summa pluribus locis adscripta, ut hic, videri debet divisa esse pro numero locorum. † Hinc statuatur, 2
quo loco et quomodo decem ex stipulatione proposita peti possint, ut unius aut alterius loci utilitas æstimetur, aut non æstimetur: quod ad quæstionem hujus tituli pertinet, et non minus in hac stipulatione quam in superiore cognoscendum est. Et decem promissis Ephesi et Capuæ, si sola quinque singulis locis debentur, ut demonstratum est: apparet singula hæc quinque non duobus locis promissa esse, aut deberi, sed uno dumtaxat: ut de singulis non aliter iudicandum sit, quam si quinque Ephesi tantum promissa essent, aut quinque tantum Capuæ. Quocirca cum quinque petentur Ephesi, non quæremus ut supra, an cum alterus loci adiectione peti debeant, id

id est, an alterius quoque loci utilitas æstimari debeat. Manifestum est enim æstimari non debere, quoniam quinque petita eo loco promissa non esse constat. Idque ita fieret, si Ephesi tantum quinque essent promissa, et ea Ephesi peterentur. *L. 4. infr.*
3 † Quod si alio loco, quam Ephesi et Capuæ agetur, dum idoneo: non tantum ibi quinque poterunt peti, sed etiam solida decem stipulatione comprehensa: verum arbitraria actione, ut fit in omnibus, quæ certo loco dari promissa sunt, et petuntur alio. *d. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. d. §. loco, Inst. de act.* In qua actione si quæratur, cuius loci utilitas veniat, consequens est æstimari, quanti alterutrius ex litigatoribus intersit, non solida decem uno loco solvi, sed singula quinque solvi suis quæque locis: nempe quinque Ephesi, et alia quinque Capuæ. Sic enim hæc singula singulis locis, non tota decem uno loco promissa erant.

Ad §. Si quis insulam.

Si quis insulam fieri stipuletur, et locum non adiiciat, non valet stipulatio.

SUMMARIA.

1. *Insulæ ædificandæ non adiecto certo loco stipulationem inutilem intelligi, quid ad hunc titulum.*

2. *Ex hac stipulatione si alio loco agitur, non directa agi, sed arbitraria actione.*

AIT: SI QUIS INSULAM FIERI STIPULETUR, ET LOCUM NON ADIICIAT: NON VALET STIPULATIO. Idem traditur in *L. qui insulam,* 95. *L. ita stipulatur.* 115. *resp. infr. de verb. obl.* ubi huius sententiæ rationem reddidimus.
1 † Id hoc loco quærendum est, quid definitio ad hunc tractatum pertineat: quæ quidem videtur esse alienissima. Constat enim hic solum agi de iis stipulationibus, quibus quid certo loco dari promissum est. Hæc autem definitio de ea stipulatione est, qua quid promittitur, nullo adiecto loco. Et verbis, si quidem intra hæc consisteretur, definitio huic loco non convenit; at sententia atque effectu maxime convenit. Definitio enim ex vi contrariorum hoc efficit, atque adeo eo spectat: ut intelligatur, si quis insulam utiliter stipulari velit, necesse eum habere stipulari insulam certo loco fieri. Quo sensu iam plane definitio ad hoc edictum pertinet. Perinde enim hoc est, quasi Ulpianus diceret, cæterarum rerum stipulationes ad hoc edictum pertinere posse, loco adiecto. Sed hoc, si contrahentes velint, quia possunt locum non adiicere, ut nihilominus stipulatio valeat. At insulæ ædificandæ stipulationem non inutilem omnino huc pertinere, quia hæc necessario locum accipiat: cum, ut hic
2 traditur, loco non adiecto, sit inutilis. † Cui consequens est, ut si promissor intra id tempus, quo insulam ædificare potuit, non ædificarit, possit quidem et alio loco agi cum eo in id, quod stipulatoris interest: non tamen, ut quidam scribunt ad *L. centum, infr. eod.* directa actione, sed arbitraria, in qua loci utilitas in æstimationem veniat. Nunquam enim, quod certo loco dari promissum est, alia actione peti potest, si alio loco agitur. *§. loco, Inst. de act. L. unic. C. ubi conven. qui cer. lo. dar. prom.* Nihil ad rem pertinet, quod locus in hac stipulatione necessario adiicitur. Non enim facit hæc necessitas, quo minus verum sit, locum adiectum esse. Quod cum etiam promissoris gratia factum sit: utilitas eius loci ei adimi non debet. Quo nomine potissimum alio loco agenti arbitraria actio proposita est, ut diserte scriptum est in *d. §. loco, Inst. de act.* Quanquam ne in hac quidem stipulatione necessitas ulla est certi loci adiiciendi. Locum quidem adiici necesse est; sed eum certum, qui stipulatione dictus est, non est necesse: cum alio quovis loco adiecto stipulatio valere potuerit, si ibi ædificari stipulatoris interesset. *d. L. qui insulam, de verb. obl.* Illud plane ridiculum est, quod isti dicunt, quia ex stipulatione proposita agitur in id quod interest, eoque incerti: *L. eum qui insulam, supr. de iud.* ideo si alio loco petatur, arbitraria actione non agi. Quid enim? an non potest interesse tam actoris, quam rei illud ipsum quod interest, solvi potius loco constituto quam alio? Quod si interest, an hæc loci utilitas illis servanda non est? Atqui pene plusquam diserte scriptum est in *d. §. loco, Inst. de act.* sic

alio

alio loco quam constituto agi posse: ne loci constituti utilitas adimatur reo. Ac propter hanc caussam alio loco petenti arbitrariam actionem esse propositam, in qua utilitatis eius ratio habeatur. Et, rogo, quid ad arbitrariam hanc in hac specie denegandam facit petitio eius quod interest? Imo vero quid est in hac petitione, quod non maxime invitare debeat actionem arbitrariam? Scilicet, inquiunt, venit in hanc stipulationem id quod interest, quod est incertum, eoque et hic incerti obligatio contracta intelligitur. At ista ratione si sibi constarent, tanto magis arbitraria actio loco agenti dari debuit: quoniam ipsis etiam paulo post auctoribus arbitraria ista actio incerta est. Quod non leviter tantum dicunt, sed etiam in eo immorantur, ut probent certum arbitrario opponi. Quod si verum est: hæ incerta hæc actio incertæ rei petitioni quam maxime convenit. Illud potius videtur dici posse, quominus alio loco petenti id quod interest, necesse sit in eo arbitraria actione experiri: quod insulam ædificari certo loco promissum sit, at non item eodem loco promissum id quod interest. Quod non ita est. Qui promittit quid fieri, verbis factum, re nihil aliud promittere intelligitur, quam id quod interest, si id factum non sit, quod debuit: ut faciendi verbo vi ipsa contineatur summæ et quantitatis promissio, id quod interest. §. *ult. Inst. de verb. obl. L. stipulationes non dividuntur*, 72. *vers. Celsus. L. quoties quis*, 81. *L. si quis stipulatus*, 112. §. *ult. infr. de ver. obl.* Quapropter quo loco quid fieri promissum est, eodem loco si factum non sit, et id quod interest, dari promissum intelligitur. Ut negari non possit, si de eo alibi agitur, quin alio loco agatur, quam quo solvi et dari pecunia debuit. Nam et in obligatione eius quod interest, pecuniam dari debere veteres auctores sunt. *d. L. stipulationes non*, *vers. Celsus*, *de verb. obl.* Quod eo dico, ne quis forte hic tergiversetur, et dicat arbitrariam actionem propositam esse de eo, quod certo loco dari debuit. *d.* §. *loco Inst. de act. Tit. C. ubi conven. qui cer. loc. dar. prom.* non etiam pertinere ad obligationes faciendi, in quibus non dari, sed fieri quid promittitur. Etiam in his, ut dixi, postquam factum non est, quod debuit, pecuniam dari oportet, ut non incipiat esse dandi obligatio.

Ad §. Qui ita stipuletur.

Qui ita stipuletur, *Ephesi decem dari*, si ante diem, quam Ephesum pervenire possit, agat: perperam ante diem agit: quia et Iulianus putat, diem tacite huic stipulationi inesse. Quare verum puto, quod Iulianus ait, eum, qui Romæ stipulatur, *hodie Carthagini dari* non utiliter stipulari.

SUMMARIA.

1. *Loco adiecto diem inesse, ante quem agi non possit: is dies quis, et unde.*
2. *Ante eum diem agi non posse, ne alio quidem loco, quamvis arbitraria agatur.*
3. *Alio loco cur agi possit arbitraria actione: alio die quam constituto non possit.*
4. *Ante diem qui agit, perperam et male eum agere; et hoc quid sit.*

LOco adiecto, veluti *Ephesi decem dari*, quæsitum est initio, quando ex ea stipulatione agi possit: statimne, quod ex verbis videri poterat, et maxime si alio loco arbitraria agatur; an vero non nisi post id tempus, quo Ephesum perveniri potest. Quod nisi aliquando dubitatum, et inter aliquos controversum ius fuisset, non uteretur Ulpianus in hac re auctoritate Iuliani ad sententiæ suæ confirmationem; sed ut in iure aperto solet, ita de eo certo affirmaret. Nata dubitatio ex eo, quod traditur, ubi dies obligationi non adiicitur, statim et præsenti die pecuniam deberi, ac peti posse. §. *omnis*, *Inst. de verb. obl. L. in omnibus obligationibus*, *infr. de reg. iur.* Cum autem stipulor, Ephesi decem dari, apparet verbis diem non adiici. Quo effici quidam putabant, ex ea stipulatione statim agi posse. † Sed obtinuit, 1
loco adiecto, stipulationi inesse diem, intra quam in locum constitutum perveniri posset: eoque ante eam diem non posse agi. Quæ sententia Iuliani fuit, quam et Ulpianus hic confirmat: eademque pro iure certo et ab aliis quoque recepta est. *L. interdum*, *infr. de verb. obl.* §. *loco*, *Inst. de ver. obl.* Non adiicitur verbis hic dies: sed

sed non inest dies stipulationi tunc tantum, cum nominatim adiicitur; sed et tunc, cum facti, aut rei promissæ ea natura est: ut per rerum naturam præstari non possit, prius quam aliquod tempus præterierit: et ante nulla petitio est. *d. L. interdum, de ver. obl.* Quod in locis adiectis accidit, in quibus quid præstare, nisi in ea venerimus, non possumus: nec vero potest eo perveniri, nisi intra id tempus, quo natura perveniri patitur. Unde hunc diem non tantum ex æqui et boni interpretatione, sed etiam necessario inesse Iulianus intelligi voluit, ita ut si quid de hoc tempore conventione contrahentium detraheretur, putaret nullam esse stipulationem, tanquam impossibilem. Idque est, quod significat, dum ex prioribus colligit, et Ulpianus confirmat, eum qui cum Romæ esset, stipulatur, *hodie Carthagine dari, inutiliter stipulari.* Quod non aliunde efficitur, quam quod natura hunc diem exigit: adversus quam facit, qui eum diem adimit. Id tamen quomodo interpretandum sit, declaratur in *L. ult. §. pen. infr. de ver. obl.* et quæ ad eam sententiam pertinebant, ibi exposui pluribus. Ergo quod certo loco dari promissum est, ante quam præterierit id tempus, quo in eum locum perveniri potuit, peti non potest. Id ita esse constat, si loco constituto agatur: ubi secundum formam stipulationis agitur directa actione,
2 non arbitraria. *L. 4. infr. eod.* † At quid, si agatur alio, idque arbitraria actione, ut permittitur edicto? nonne ut hac actione agenti licet locum stipulatione constitutum non observare: ita et licere debet non observare diem adiectum, qui propter locum tantum inducitur? Et hic generaliter scriptum est, *ante diem, quo Ephesum perveniri possit, perperam agi*: ut significetur, sive loco constituto, sive alio agatur, ita esse. Et vero in hoc argumento arbitrariæ actionis de eo quæritur, qui alio loco agit, non qui constituto: ut verisimile sit, maxime propter eum, qui alio loco agit, id esse hoc loco definitum. Sed res dubitatione non caret. Licet enim hic quærere, quod supra attigi, cur locum stipulatione comprehensum liceat contemnere, quem constat nominatim adiectum esse; diem autem non liceat, qui tacite tantum inest. Quod quidem videri potest absurdum: cum magis retinendum videatur, quod nominatim adiicitur, et contrahentibus placere constat: quam quod inest tacite, et an contrahentibus placeat, dubitari potest: aut certe utrumque retinendum pariter. † Sed alia remittendi loci 3
caussa est; alia diei taciti. Locus constitutus agenti stipulatori remittitur, proposita alio loco actione: quia fuit necesse id facere, si velimus illum ius suum consequi, ad quod aliter pervenire non potest. *L. 1. supr eod.* At non est necesse, illi remitti necessitatem diei exspectandi: quia non propter eam moram actio illi amittitur, sed in tempus constitutum differtur. Quod æquius ferre debet, cum hoc ipse sibi imposuerit. Quatenus autem fieri potest, a conditione quam stipulatio initio accepit, discedi non oportet. *L. vero, 12. ver. pen. infr. de sol.* At etiam dicat his aliquis amplius, loco constituto contempto, necesse est diem, de quo agitur tolli. Hic enim inducitur propter locum, ac loco non adiecto, dies nullus esset. *d. L. interdum, infr. de ver. obl. §. loco, Inst. de ver. obl.* Aut igitur locus adiectus res principalis est, dies tacitus huius loci accessio; aut locus saltem diei inducendi caussa. Atqui utraque de caussa fit, ut loco sublato, dies tollatur: quia et cum principalis caussa non subsistit, non est accessioni locus: L. *cum principalis, infr. de ver. sig.* et quod ob caussam aliquam inductum est, id caussa cessante, et ipsum deficit. *L. quod dictum, supr. de pact. L. in omnibus caussis id observatur, infr. de reg. iur.* Sed in promptu responsio est. Locus constitutus hic remittitur, ac si ita loqui placet, tollitur; at non ante, quam et dies præterierit, quo in locum constitutum perveniri potuit. Neque enim facultatem suo loco solvendi adimi oportet reo, quandiu sine culpa eius ibi solvi potest. Non ergo metuendum est, ne propter locum remissum tollatur tempus eo proveniendi, cum quandiu id tempus pendet, locus constitutus non remittatur.
† Notandum quod ait, *eum perperam agere, qui ante diem agit*: quod alibi dicitur 4
male agere: *L. 1. in fin. supr. quan. di. us. leg. ced.* cum is qui pendente conditione agit, ibidem dicatur nihil facere. Quæ non otiose ita distinguuntur. Qui ante diem agit, nihil quidem facit, ut reo noceat, quia actio nondum nata est. *L. cedere, de ver. sig.* At facit, ut sibi noceat. Incidit enim in pœnam plus petitionis, quia tempore plus petitur. Quæ pœna nulla est adversus eos, qui in totum nihil agunt, idest, quibus neque venit, neque cessit dies obligationis. *§. tempore, Inst. de act.* de quo in *d. §. tempore*, quærendum est.

Ad §.

Ad §. Idem Iulianus tractat.

Idem Iulianus, tractat, an is, qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio solvatur, nihilominus possit intendere sibi dari oportere. Et (Iulianus) scribit liberationem non contigisse, atque ideo peti posse, quod interest. Marcellus autem et alias tractat, et apud Iulianum notat posse dici, et si mihi alibi solvatur, liberationem contigisse: quamvis invitus accipere non cogar. Plane si non contingat liberatio, dicendum ait, superesse petitionem integræ summæ, quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur summæ solutio distare a fabrica insulæ, et ideo quod interest, solum petendum.

SUMMARIA.

1. *Certo loco dari promissum, alio loco creditori recte solvitur.*
2. *Adiecto si solvitur, ignorante creditore, proficit reo ad liberationem sortis: non tamen quominus adhuc peti possit id quod stipulatoris interest.*
3. *Nihil obstare creditoris exemplum.*
4. *Insula certo loco ædificanda quid distet a summa certo loco præstanda.*
5. *Adiecto si solvitur, ignorante creditore, quam recte dicatur liberationem contigisse et nihilominus superesse petitionem eius quod interest, idque ita, ut solum peti possit, et num.* 3.

Quod certo loco dari promissum est, puta Ephesi, id invito eo cui ex stipulatione solvi potuit, alio loco solvi non potest: nihil ut intersit, cui quis stipulatus sit Ephesi dari: utrum sibi tantum, an sibi et Titio: et debitor recusanti stipulatori, aut Titio alibi pecuniam offerat.
1 *L. pen. infr. eod.* † Non idem iuris est, si alio loco volenti solutum sit. Nam si stipulatori ipsi solutum erit: et Iulianus hoc loco significat, et Marcellus exprimit in *vers. Marcellus*, sic alio loco volenti recte solvi, ut liberatio contingat, quamvis invitus accipere non cogeretur. Nec quisquam hoc in dubium revocat. Sic enim et aliud pro alio invito creditore solvi non potest: quod tamen volenti ad liberationem recte solvitur. *L.* 2. §. 1. *supr. si cer. pet. L. cum a quo, L. manifesti, C. de sol.* Sic nec alii invito creditore solvi potest: quod volente eo aut ratum habente si solvatur, liberatio nascitur. *L. invito, C. de sol.* Quod in alia re, et alia persona accipientis iuris est: id in loco solutionis multo magis recipiendum est: ut in solutione, sicut aliam rem, aut aliam personam; sic alium locum creditor ultro admittendo æque debitorem liberet. Quæ omnia una ratione continentur. quidquid enim solutionis caussa volens admittit creditor, in eo illi satisfit. *L.* 1. *supr. qui sat. cog.* Satisfactio pro solutione est. *L. satisfactio, infr. de sol.* Sed hoc, inquam, in loco ita ratum est: si stipulatori ipsi alio loco solutum sit. † Quæsitum est, num idem probandum sit, si 2
quis stipulatus sit sibi aut Titio Ephesi decem dari, et alio loco solvatur, non stipulatori, sed Titio: quæ huius loci quæstio est. Movit quæstionem haud dubie stipulatoris similitudo. Nam ut ex superiore stipulatione stipulatori solvi potest: sic et Titio adiecto, etiam invito stipulatore: et quidem ita ut liberatio ipso iure contingat. §. *plane, Inst. de act.* Quod quis secutus fortasse facile dixerit, etiam huic, ut stipulatori pecunia quamvis alio loco soluta, debitorem liberari, ut sic nec stipulatori ipsi ulla amplius supersit actio. Quod Iulianus negavit. Cuius sententiam Ulpianus hic refert, et adversus Marcellum probat. Sententia Iuliani, quæ initio proponitur, observanda est: quæ duo continet: nempe in proposito, si alibi Titio solvatur, et liberationem non contigisse: et quod consequens sit, posse peti a stipulatore, quod eius interest, pecuniam suo loco solvi, aut solutam esse. *Quod interest*, inquam, solum nihil amplius, ut ipse Ulpianus in extremo explicat. Quæ ideo observanda esse dicimus, ut nota Marcelli, quæ subiicitur, quæ sit, et in quo constiterit, melius intelligatur. Hanc sententiam probaturus Ulpianus necesse habuit dicere, quid sentiret de reprehensione Marcelli, qui Iuliani superiorem sententiam notaverat. Itaque sententiam Marcelli proponit, et quid in ea non

non probet, ostendit: quo amoto concludit recte Iulianum sensisse. Quid notet aut reprehendat Marcellus in superiore sententia, obscurius est: quia refertur eius sententia concisius, ut quæ plenior ex libris eius peti posset. Mihi videtur hic esse sensus: ut duo fuerunt in Iuliani sententia: ita fuerunt totidem, in quibus quid Marcellus notaret; sed dissimiliter. Prius notando probavit; alterum reprehendit. Illud probat, quod Iulianus in proposita stipulatione dixerat, pecunia alibi soluta liberationem non contigisse, nominatim hac conditione, si Titio adiecto solvatur. Recte Iulianus, si Titio: significare volens diversum esse, si alibi solvatur stipulatori: quod et verum est. Potest enim dici, inquit, etsi alibi stipulatori solvatur, liberationem contigisse, quamvis invitus accipere non cogeretur. Et hoc est, quod Ulpianus ait Marcellum notare, *posse dici*. Notat, idest, annotat, non reprehendit. Neque enim recte diceremus, Marcellus apud Iulianum reprehendit, *posse dici*. Scio huius partis notationem vulgo sic accipi, neque omnino inepte, nec improbabiliter: ut et prius dictum Ulpiani reprehendatur his verbis a Marcello, quasi vellet Marcellus intelligi, si pecunia stipulatori alibi soluta, liberatio contigit: dici debuisse etiam tunc hanc contingere, cum Titio pecunia alibi soluta esset. Sed manifestius est, vere a Iuliano dictum esse, liberationem in proposito non contigisse, quam ut id a Iurisconsulto magno, qualis fuit Marcellus, in quæstionem vocari, nedum reprehendi debuerit, ut postea dicetur. Manifestior etiam stipulatoris et Titii adiecti dissimilitudo, cum de potestate aliquid de stipulatione remittendi quæritur, quam ut isti in hac re comparari debuerint, aut etiam potuerint. Ut plane verisimile non sit, Marcellum hanc partem Iuliani sententiæ aut reprehendere, aut ad eam reprehensionem ista comparatione uti voluisse. Sed et hic reprehensionem Marcelli nullam esse declarat, quod Ulpianus in extremo notam Marcelli diluens, de hac reprehensione nihil respondet: non omissurus omnino, si etiam adversus hanc partem in superioribus verbis aliqua reprehensio fuisset. Iuliani enim sententiam adversus Marcelli reprehensionem tueri volebat, ut extremum disputationis indicat. Sed et ad sequentem reprehensionem, quam vere reprehensionem posterioris partis esse constabat, ipse respondit. Si duæ hic reprehensiones Marcelli fuissent, non fuit caussa, cur unam attingeret, alteram omitteret: cum de tota superiore sententia Iuliani quæreretur, quam et ipse probare instituerat. Nec minus hoc idem probat particula, *plane*, quæ sequitur, et qua sequentem reprehensionem ingreditur. Ait enim, *plane si non contigit liberatio*: quæ oratio de prioribus quid mutat, ac veluti corrigit, particula enim, *plane*, excipiendi et corrigendi vim habet. *L. 5. vers. plane, supr. de in lit. iur.* Prius ergo probaverat sententiam, qui hanc approbationem subiecta reprehensione mutat, ac corrigit. Et omnino eorum verborum hic legitimus sensus est, quasi ita dixisset: sed ut prius vere dictum sit a Iuliano; at plane illud non recte, quod sequitur. Verius est igitur, quod in priore parte sententiæ Iuliani notatur a Marcello, notari ad confirmationem eius, non ad reprehensionem. Ac quam vera sit confirmatio, quamque conveniens Iuliani sententiæ, ex verbis apparet. Sequitur nota et reprehensio Marcelli in iis ipsis verbis, quæ commemoravi, *Plane si non contigit liberatio*. Illud ergo posterius hic reprehendit, quod Julianus, cum posuisset, si Titio alibi solvatur, non contigisse liberationem: nihilominus solum ait, stipulatorem petere posse quod sua interest. Ut maxime prius vere dici potuerit; at plane, inquit Marcellus, verum non est, quod dicit id quod interest solum peti posse. Nam *si non contigit liberatio*, ut hoc casu voluit Iulianus: *dicendum fuit, superesse stipulatori petitionem integræ summæ*, idest, et sortis ipsius, et accessionis, non autem solius accessionis, sed eius quod interest. Probat hoc argumento, quod *si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur*. Ad hæc ita Ulpianus. Priorem notam, in qua non erat reprehensio, ut sententiæ Iuliani et suæ convenientem non attingit, quia hanc quoque confirmatam manere volebat. Posteriorem, in qua reprehensio inerat, solum attingit, quia ad tuendam Iuliani sententiam solum erat necesse. Et argumentum Marcelli ita diluit, ut fateatur verum esse, quod ille dicit in fabrica insulæ; sed neget recte colligi ideo idem dicendum esse, cum pecunia certo loco promissa alibi solvitur: quia dissimiles hæ caussæ sint: pecuniæ solutio, et fabrica, idest, exstructio insulæ. Quid ergo hac responsione effici vult Ulpianus? Nempe non recte dixisse Marcellum, cum pecunia Titio adiecto alibi solvitur, *superesse totius summæ petitionem*: non enim superesse petitionem sortis Titio solutæ. Ex quo concludit, quod solum fuit in controversia, quod-

quodque solum reprehendebatur, recte hic quoque scripsisse Iulianum, id quod interest solum petendum.

Hactenus responsum Ulpiani, ut mihi videtur, dilucide, et vere expositum. In quo etiamnum tria explicationem certiorem desiderant: de quibus breviter dicam eodem
3 ordine, quo ab Ulpiano scripta sunt. † Primum pro certo sumit, quod priore parte sententiæ suæ Iulianus posuit, pecunia Titio adiecto alibi soluta liberationem non contingere: quam tamen contingere fatetur, si pecunia stipulatori ipsi alibi soluta esset. Hoc enim Iulianus satis significat, de Titio adiecto solum loquens, et Marcellus diserte exprimit, in qua sententia et Ulpianus acquiescit. At hoc concesso, an non prius illud falsum est, cum Titio pecunia alibi solvitur, liberationem non contingere, ut hoc plerique omnes existimant Marcellum sentire? Quod quidem veterum *de Adiecto* sententiæ efficere videntur. Nam ut stipulatori, sic *Adiecto* recte solvi placuit, ut liberatio ipso iure contingat. §. *plane, Inst. de inut. stip.* Nec ad rem pertinet, quod ei alibi invito aut ignorante stipulatore solvitur. Nam et invito stipulatore recte adiecto solvi placet. *d.* §. *plane.* Et ne forte absurdum putemus tantundem hic extraneo, qui dominus non est, quantum stipulatori domino tribui: alibi traditur, *dum adiecto solvitur, stipulatori ipsi solvi videri. L.* si ita stipulatus, 59. *infr. de solut.* Quibus rebus quidam moti nutare cœperunt ad L. *centum, infr. eod.* atque etiam dicere, verius forsitan esse, sive stipulatori sive adiecto alibi sors solvatur, pœnæ petitionem non superesse. Sed qui in re tam aperta sudant, et superioribus etiam obiectionibus moventur, ut sententiam Iuliani hac parte a cæteris dissentientem, et mutandam putent: vel hoc non satis declarant, quam sint in iure exercitati, quam acutum in rebus paulo obscurioribus cernentes, qui quod in medio est, tot locis a veteribus demonstratum, forma etiam ipsa stipulationis propemodum expositum, non vident. Quanto rectius Bartolus qui quod Ulpianus nihil responderit ad reprehensionem Marcelli, quam ipse in hac quoque parte cum Accursio esse sensit, ideo factum ait, quia ut in re manifesta non fuerit necesse? Et res ita habet. Adiecto recte solvitur non aliter, quam stipulatori, et quidem etiam invito stipulatore; sed hactenus, dum secundum conditionem, quam stipulatio initio accepit, ei solvatur, non aliter: ut puta, dum detur ei, non alii, quantumvis eiusdem iuris persona esse videatur. *L.* 9. *in pr. L. Stichum,* §. *usumfructum, infr. de solut.* dum detur, solvaturve pecunia; non etiam novatione, acceptilatione, aut pacto obligatio tollatur. *L. quod stipulatus,* 10. *infr. de sol.* Hæc enim sunt præter formam et verba stipulationis, quibus ita cautum est, ut mihi aut Titio detur: Titio, inquam, nominatim, et detur pecunia, non aliud quid fiat. Proinde et quod mihi aut Titio certo loco dari promissum est, omnimodo recte Titio solvetur, satisque id erit ad omnem liberationem, etiam stipulatore invito: sed dum solvetur loco constituto, ut stipulatio præscribit. Alio loco non licet, quia stipulatio, ex qua hæc omnis extraneo solvendi potestas est, non patitur. Ut conditionem, quam certam habuit hæc stipulatio, immutare stipulator non potest: *L. vero,* 12. *ver. pen. infr. de sol.* sic nec promissor: a quo non magis adversus stipulationem cum iniuria stipulatoris fieri quidquam potest. *L.* 5. *in fin. infr. de ver. obl.* Cur ergo licet stipulatori alibi accipiendo debitorem liberare; adiecto non item? Si quis hic hæsitat, is in iure aperto pueriliter labitur. In promptu vero ratio est: quia stipulator creditor est; Titius non est: Titio nihil debetur. *d.* §. *plane, Inst. de inut. stip.* Creditor quod sui iuris est, quovis modo remittere potest, et paciscendo deteriorem conditionem suam constituere. *L. pactum, supr. de pact.* Et, ut supra dixi, quacunque re solutionis loco contentus fuit, ei satisfactum est. Satisfactio pro solutione habetur. *L. satisfactio, infr. de sol.* Alius autem nec paciscendo, nec debitum accipiendo, quidquam detrahere potest creditoris obligationi. *L. nec filius, C. de reb. cred.* Et generaliter nemo alterius conditionem deteriorem facere potest. *L. solvendo, supr. de neg. gest.* Quæ cum sint explorati iuris in persona adiecti: apparet verum esse, quod ante dixi, non esse, cur putemus Marcellum fuisse tam imperitum iuris, ut sententiam superiorem de pecunia Titio adiecto alibi soluta in dubium vocare vellet, aut quod maioris inscitiæ fuisset, eam damnare, tantum hoc argumento, quod stipulatori ad liberationem etiam alibi recte solveretur: quasi vero stipulator et adiectus pariter creditores essent: aut quasi ad ius creditoris remittendum tantum liceret extraneo adversus dominum invitum, quantum creditori ipsi, eidemque domino et volenti. Quo magis in eo confirmari debemus, ut existimemus adversus hanc partem in superioribus verbis

bis nullam Marcelli reprehensionem fuisse.

4 Habet præterea † responsio Ulpiani, quod requirat. Nihil enim amplius dicit ad rationem Marcelli, quam sibi videri summæ solutionem distare a fabrica insulæ: neque exprimit, quare videatur distare, quod nobis quærendum est. Nam prima ratione videri possit potius inter hæc nihil interesse. Aut enim volente stipulatore hæc contigerunt, aut invito. Si volente: sive insula alibi ædificata; sive pecunia alibi quamvis adiecto soluta erit: utrobique promissor liberatur. De summa iam supra probatum est. De insula dubitari non debet. Ut enim quis dederit aliam insulam esse, quæ alio loco ædificatur: tamen constat aliud pro alio volente creditore recte solvi. *L. si quis aliam, infr. de sol. L. manifesti, C. eod.* Neque de ea specie hic agitur, sed de ea, cum promissor pecuniam Titio adiecto alibi solvit, invito stipulatore. Cui promissori si recte comparatur promissor insulæ ædificandæ, illum intelligi oportet, qui et ipse insulam invito stipulatore alibi exstruxerit. Quod si de invito stipulatore hic agitur, ut agitur, quo ignorante vel aperte repugnante aut insula alibi facta, aut summa alibi soluta sit: an non rursum hic dicendum est pariter ex utroque facto debitorem non liberari: cum certi iuris definitio sit, quod quis certo loco dare promisit, alio loco solvi invito stipulatore non posse? *L. pen. infr. eod.* Et utrumque ita esset: nisi in proposito is qui pecuniam alio loco solvit, fingeretur solvisse, invito quidem stipulatore; at solvisse *Adiecto*, cui si locum removeris, ex stipulatione recte solvi potuit. Quod quia hic factum est, ideo recte dicitur distare exstructio insulæ a summæ solutione ea, quæ nunc proponitur. Nam si promissor insulæ ædificandæ alibi ædificarit, nullo consentiente, ac ne *Adiecto* quidem: aperte distat ab eo, qui alibi pecuniam solvit *Adiecto*. Ille namque nullius idonei consensu defenditur, ut potuerit alibi ædificare; hic habet consensum eius, cui ex conditione stipulationis recte solvitur. Quod si stipulatio ædificandæ insulæ ita concepta erit: mihi aut Titio in illa area insulam ædificare spondes? etsi promissor alibi ædificet, mandante aut ratum habente Titio: tamen ne sic quidem liberari potest; distatque etiam hoc casu fabrica insulæ a summæ solutione: quod qui insulam alibi ædificat, quamvis consentiente *Adiecto*, nihil præstat eius, quod debuit, sed plane aliud. Distat enim una domus ab aliis corporibus alibi exstructis, non tantum forma et superficie, sed etiam solo. Si quis pyramidem exstrueret pro insula, aperte non liberaretur, quia structura ipsa et superficie hoc aliud corpus est, quam insula. At etiam si quis insulam eadem forma qua convenit, ædificet alibi: tamen quia solum aliud est, in quo ædificat, non minus et hæc alia insula est, quam ea, quæ in loco designato ædificari debuit. Ut enim locus Cornelianus, Sempronianus, Titianus, alia atque alia loca sunt, ex quibus si unus sit promissus, alium non deberi constat: ita et insulæ, prout aliis atque aliis in locis ædificantur, aliæ atque aliæ insulæ iudicandæ sunt. Sequuntur enim conditionem loci, cui imponuntur, utpote cui cedunt. *§. cum in suo, §. ex diverso, Inst. de rer. divis. L. qui res, §. aream, infr. de sol.* Aliam insulam quam promisit, qui invito stipulatore ædificat, is in totum non liberatur, ut qui aliud pro alio solvat invito creditore. *L. 2. §. 1. supr. si cert. pet.* Nec huic ædificatori quidquam profuerit Titii *adiecti* consensus: cum *Adiectus*, ut dixi, formam stipulationis remittere non potuerit consensu suo, ut qui creditor non fuerit. Diversa caussa eius, qui pecuniam stipulatione comprehensam *Adiecto* solvit. Hic quamvis alibi, quam loco constituto id faciat; tamen semper verum est eum solvere id ipsum, quod debuit. Debuit enim, quod promisit. Promisit autem hanc ipsam pecuniam, quam nunc solvit. Proinde huius præstatione solvit, quod debuit. Quod si solutione eius, quod debetur, tollitur omnis obligatio iuxta regulam iuris: *Inst. quib. mo. toll. obl. in pr.* necesse est eum, qui superius faciat, etiam hac præstatione liberari, solventem ei, cui ex stipulatione recte potuit. Potuit autem adiecto etiam invito stipulatore, *d. §. plane, Inst. de inut. stip.* Nihil nocet, quod alibi solvitur. Etsi enim fit hoc contra stipulationem, nec *Adiectus* in eo stipulatori nocere potest: tamen ne noceat, hactenus recipiendum est, quatenus fit adversus stipulationem: proinde hactenus, ne loci utilitatem adimat stipulatori, sed hæc salva illi maneat. Cæterum interim maneat integra sortis solutio, quæ dum adiecto secundum stipulationem solvitur, recte atque ordine peracta est. Duæ sunt enim hic quodammodo obligationes seu præstationes: una sortis, alia utilitatis loci. Quarum rerum una si recte soluta est, non debet solutio utilis propter alteram inutilem, aut omissam vitiari. Arg. in *L. 1. §. pen. infr. de verb. obl.*

Re-

Restat tertium, quod præcipuam dubitationem habet, extremum illud videlicet, quod dicit in proposito solum quod interest petendum: dum intelligi vult non superesse sortis Adiecto alibi solutæ petitionem, adversus Marcelli sententiam, qui totius summæ petitionem superesse dixerat. Unde recte colligitur, si cuius rei petitio supersit, solum superesse eius quod interest. Hic ergo duo dicere intelligitur: primum sortis petitionem hic non superesse; tum quamvis sortis petitio non sit, nihilominus peti posse id quod interest. Sic enim fit, ut dum hoc peti poterit, solum sit petendum. Quorum utrumque videamus, ne falsum sit. Prius quidem supra negare videtur Iulianus, cum ait in hac specie liberationem non contigisse. Quid enim hoc aliud est, quam veterem actionem manere? nam hanc manere necesse est, si liberatione non est sublata. Iulianum quidem hoc scripsisse Ulpianus refert; sed ita, ut probet: qui non solum Iuliani sententiam non repudiat; sed etiam id sibi propositum habet, ut defendat. Insuper et eam sententiam veram esse satis supra ostendimus. Sed nihil Ulpianus postea adversus hanc sententiam.
5 † Apparet enim Iulianum hoc sentire, cum Titio *adiecto* alibi solvitur, liberationem non contigisse per omnia. Non enim contigisse in eo, quod contra stipulationem factum est. Unde colligit, ideo posse peti id quod interest pecuniam suo loco solvi: quia scilicet alio loco contra stipulationem solutum est. Id autem ipsum est, quod Ulpianus postea conatur probare. Sed alterum saltem relinquitur, ut quamvis non supersit sortis petitio, tamen et Iulianus et Ulpianus velint peti adhuc posse id *quod interest*. Repugnat, ut videtur, cum aliorum locorum auctoritas, tum certa et evidens ratio. Repugnantes sententiæ esse videntur, Africani in *L. centum*, *in fin.* et Pauli *L. ult. in fin. infr. eod.* quibus locis constanter traditur, si pecunia sortis soluta sit, etiam pœnæ, et utilitatis loci petitionem tolli. Recte Bartolus, dicta hæc esse, cum creditori ipsi solutum est; aliter atque si *Adiecto* alibi, quam loco constituto, de qua specie hic agitur. Quod ne dubitemus vere dici, Pauli definitio in *d. L. ult.* nominatim concepta est de creditore, qui pecuniam accepit. Africanus autem in *d. L. centum*, etsi eius quod interest petitionem tolli dicit generaliter hac conditione: si pecunia soluta sit; nec addit, creditori: tamen ex specie ibi proposita hoc idem intelligi necesse est. Hæc enim stipulatio erat, *centum Capuæ mihi dari*, non autem mihi aut Titio. Nec idem sentire eos, si pecunia *Adjecto* alibi soluta sit, non magis quam Iuliano aut Marcello visum esse hic refertur, ratio Pauli satis probat reddita in *d. L. ult.* Ait enim, si creditor pecuniam acceperit, nec pœnæ petitionem superesse: et rationem adiicit: quia creditor accipiendo pecuniam, etiam remisisse pœnam videtur. Perspicuum est, non idem obiici posse ei creditori, quo invito pecunia *Adiecto* alibi soluta sit. Neque vero *Adiecti* consensus, secus quam per stipulationem licet, possit ei nocere. *L. solvendo*, *supr. de neg. gest.* Nihil igitur in aliorum Iurisconsultorum sententiis, aut supra scriptis locis contrarii, neque id tam acutum aut intelligentem lectorem, quam attentum desiderat. Difficilior explicatu est ratio, quæ sequitur. Cum enim decem Capuæ mihi aut Titio promissa sunt, et de sorte et utilitate loci constituti alibi agitur, non hic duæ sunt actiones, una sortis, et altera utilitatis, seu eius, quod stipulatoris interest pecuniam suo loco solvi; sed una sortis, circa cuius exsecutionem, eius quod actoris interest, ut accessionis, ratio habetur. *L. centum*, *infr. eod.* At hoc cum fit, quocunque modo sublata sit sortis petitio, etiam si invito stipulatore, una quoque et accessionis petitio evanescit. *L. 4. C. dep.* idque ita fieri necesse est, cum principali caussa non consistente non sit accessioni locus. *L. cum principalis*, *infr. de reg. iur.* Quapropter si, pecunia *Adiecto* alibi soluta, id quod interest actoris adhuc peti posse volumus, quod Ulpianus Iuliani sententiam secutus hic fecit: prius etiam sortis petitionem statuamus necesse est: dicamusque id quod Marcellus, superesse integræ summæ petitionem, quod Ulpianus reprehendit; aut si placet sortis petitionem non superesse, simul et eius quod interest petitionem esse negemus contra, quam Ulpiano, et Iuliano videtur. Volunt autem id quod interest, adhuc peti posse. Ex quo efficitur saltem illud falsum esse, quod Ulpianus exprimit, solum id petendum; sed una et sortis, et eius quod interest petitionem manere, ut utrumque peti oporteat iuxta Marcelli sententiam. Et ad rem expediendam explicatius quid et certius afferri oportet, quam a Bartolo hic allatum est: verius certe afferri, ut puto, nihil potest. Totum inquit, hic peti potest, non ut actor totum consequatur; sed ut consequatur interesse: et propter hoc dicitur hic solum interesse petendum, quia propter so-

solum interesse agitur. Simile in *L. Iulianus*, §. 1. *de ver. obl.* et in *L. etiam*, *de sol.* et in *L.* 3. §. 1. *infr. commod.* Hæc ille. Res sic habet. Propter id quod stipulatoris interest, manet vetus actio sortis, qua et tunc sors petetur, cum petetur id quod interest. Idque ita in omni re soluta evenit, ut cum aliquod ius, aut aliqua utilitas rei deest, adhuc res ipsa, quæ soluta videbatur, peti possit, atque adeo petenda sit, quo id quod iuri rei deerat, consequamur. *L. etiam*, *infr. de sol. L. Iulianus*. 131. §. 1. *infr. de verb. obl.* Pecunia Titio *adiecto* alibi soluta, deest adhuc solutioni loci constituti utilitas. Proinde ut ad hanc perveniatur, etiam pecuniam ipsam peti oportebit: et ut Africanus loquitur, in *d. L. centum*, *infr.* veterem obligationem esse oportet, ut circa eius exsecutionem utilitatis æstimatio arbitrio iudicis committatur. Et hactenus sortis quoque, eoque et totius summæ, ut Marcellus loquitur, petitionem superesse verum est. Sed non eo minus verum, quod hic dicitur, ipsum illud quod interest, quod hic deest, solum peti, non etiam sortem: quia, inquit ille, petitur quidem sors; at non propter se, utpote quam non consequamur; sed propter id quod interest, quod et solum consequimur. Optima ratio, ut efficiatur vi ipsa sortem non peti, sed solum id quod interest. Verba enim cum effectu accipienda sunt. *L. pen.* §. 1. *supr. ne quis eum qui in ius voc. est*, *vi ex. L.* 1. illic. *Hæc autem verba*, supr. *quod quisq. iur.* Quare et id peti intelligendum, quod cum effectu exigendi petitur. Sors autem in proposito, aut omnino amplius non petitur, si stipulatoris nihil intersit; aut si petitur, quia eius propter locum interest, attamen non petitur cum effectu, quia illam non consequitur. E converso petitur cum effectu id quod interest, quia et consequitur. Effectu igitur solum quod interest, petitur; sors ipsa nequaquam. Quamobrem manente vetere actione sortis propter id quod interest, ut manere supra disserebamus, et verum est: nihilominus recte scripserunt Iulianus et Ulpianus solum peti quod interest, dum ab effectu petitionem æstimari volunt. Nam hoc sensisse Ulpianum, solum quod interest petendum, non quia sors petenda non sit; sed quia ita petatur, ut per hanc petitionem obtineatur id quod interest, declarat *L.* 3. §. 1. *infr. commod.* quæ et ipsa Ulpiani est: ubi et ille de eo quod interest rei deterioris redditæ obtinendo, ad eam sententiam loquitur. At quid prohibet, dicet aliquis, quominus Marcelli dictum eodem modo interpretemur? Ait, *si non contigit liberatio*, *superesse petitionem integræ summæ.* Quid vetat, inquam, quominus hoc sic interpretemur: ut tota summa, idest, et sortis et eius quod interest, peti possit, sic tamen: ut id quod interest solum exigatur, non sors? Et sane in verbis nihil est, quod prohibeat. Sed Marcellum in superiore definitione de effectu petitionis sentire, intelligi potest ex eo exemplo, quo argumenti loco utitur: in quo insula promissa alibi ædificata, vult promissorem in totum non liberari, indicans illum adhuc efficaciter teneri, et de insula ipsa, et de utilitate loci. Merito ergo in solutione summæ, quæ alibi Titio *adiecto* soluta est, hæc sententia Ulpiano displicuit: non quod vellet, ut dixi, sortis petitionem omnino non esse; sed quia vellet non esse; cum effectu ad sortem ipsam exigendam.

Ad L.



Ad §. Nunc de officio.

Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est: utrum quantitati contractus debeat servire, an vel excedere, vel minuere quantitatem debeat: ut si interfuisset rei, Ephesi potius solvere, quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus Labeonis opinionem secutus, etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse, Ephesi recipere. Itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid enim si traiectitiam pecuniam dederat, Ephesi recepturus, ubi sub pœna debebat pecuniam, vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt, vel pœna commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur, et res stipulatoris vilissimo distracta est? In hanc arbitrariam, quod interfuit veniet: et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare, an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem.

SUMMARIA.

1. *Summa huius* §. *et L.* 4. *seq.*
2. *Servire quantitati contractus*, *quid sit.*
3. *Utilitas etiam actoris in actione arbitraria propter locum æstimatur*: *idque effectum interpretatione Iurisconsultorum*, *non verbis edicti.*
4. *Utilitas actoris quando in æstimationem veniat.*
5. *In utilitate actoris æstimanda damni et lucri ratio habetur.*
6. *Quæ damna æstimanda in ratione eius quod interest*, *et in eo* L. si sterilis, §. cum per venditorem, D. act. em. *conciliata cum hoc loco.*
7. *Utilitas actoris potest æstimari ultra legitimum modum usurarum*: *et legitimus modus usurarum quis.*
8. *In utilitate æstimanda etiam lucri ratio habetur*, *cuius lucri*, *et quando*: *et hic de* §. cum per, L. si sterilis, de act. em.
9. *Lucrum quod ex mercibus fieri potuit*, *non nisi negotiatori solito eas merces comparare æstimandum.*

1 QUod † initio huius capitis brevius dixerat, hoc loco reperitum explicat pluribus, in eo tractans de officio iudicis, quale in utilitate loci æstimanda esse debeat tum in reo, tum in actore: idque sive alio loco res petatur, sive petatur suo et constituto: quale item non tantum in condemnando reo, sed etiam in absolvendo. Hæc enim summa est §. huius totius, tum *L.* 4. *seq.* quæ eiusdem Ulpiani est, ex eodem *Lib.* 27. *ad edictum*, et cuius eundem contextum fuisse apparet. Scripserat initio capitis, actionem arbitrariam utriusque utilitatem continere, tam actoris, quam rei. Id explicaturus hoc loco diligentius, initio in quæstionem revocat, de qua
2 deinde respondeat. † Sic autem proponit, utrum iudex in hac actione arbitraria *quantitati contractus debeat servire*, ut scilicet neque pluris neque minoris reum condemnet, quam quantum in contractum de quo agitur, deductum est: an vero *vel excedere vel minuere quantitatem debeat.* In quo nihil aliud quærere intelligitur, quam id ipsum, quod initio definierat, utrum actio arbitraria utriusque utilitatem contineat tam actoris, quam rei. Excedit enim iudex quantitatem contractus, si id quod actoris interest, seu eius utilitatem æstimat; minuit quantitatem, si æstimat, quod rei interest, ut illic diximus. Et hactenus quæstio. De qua Ulpianus respondet in illis verbis, UT SI INTERFUISSET REI, ubi legendum est, ET SI INTERFUISSET, ut intelligamus sic eum iam inde de quæstione proposita respondere: ut respondeat illic primum, et affirmet de reo. Nam ut de actore tantum paulo post respondeat, hic autem quærat tantum de reo, nihil etiam affirmet, absurdum est: cum de utroque pariter quæsierit. Sed et de reo hic eum respondisse, oratio sequens indicat. Ait enim: *Iulianus Labeonis opinionem secutus*, *etiam actoris habuit rationem.* Illa verba, *etiam actoris*, hoc exprimunt, non solum rei, sed etiam actoris. De reo igitur prius responderat et affirmaverat. Alioqui male eum in eandem affirmationem cum actore includeret. Eodem modo legisse Accursium glossa eius probat ad verbum, *ratio.* Hanc enim orationem pro affirmatione accepit, ut cui statim alios locos opponat. Non opponuntur hi quærenti,

ti, sed tantum quid affirmanti. Sit ergo vera huius loci lectio, ut et germana sententia est: *Et si interfuisset rei, ratio eius haberetur.* Atque hoc citra controversiam, utpote constitutum edicto, quo actio arbitraria alio loco agenti proposita est nominatim rei caussa, quo illi utilitas loci constituti salva esset, ut declaratur in §. *loco*,
3 *Inst. de act.* † Actoris in edicto nulla mentio. Unde dubitatio vetus, an huius quoque rationem haberi oporteret. *Iulianus Labeonis sententiam secutus, etiam actoris habuit rationem*: idest, non rei tantum, de quo constabat; sed etiam actoris, de quo ex edicto dubitabatur. Quod et Ulpianus, dum id ipsum ad quæstionem respondet, nec improbat, sequitur: ut vere initio definierit, actionem arbitrariam utriusque utilitatem continere, tam actoris, quam rei. Dicit Iulianum etiam actoris rationem habuisse, secutum opinionem Labeonis. Quod declarat, rem primo controversam fuisse: positam non in iure certo et constituto, sed in prudentium auctoritate. Alioqui nihil necesse fuisset, aliorum auctoritate hanc sententiam tueri, ubi ius certum pro omni auctoritate sufficeret. Imo vero quod Labeonis opinionem dicit, non sententiam: indicat, ita superius visum esse Labeoni, ut de eo timide et cum aliqua dubitatione, ut in re controversa affirmaret. Hoc enim differre opinionem a sententia docet Theophilus, et recte, in §. *responsa, Inst. de iur. nat.* quod sententia sit, absoluta responsio: opinio, suspensa et timida. Quæ dubitatio, ut dixi, ex edicto, quo hæc actio proposita est, nascebatur: cuius verbis cavebatur reo; actori non item. Atque hinc intelligi potest, quid sit, cur definitionem initio huius capitis traditam hic repetat denuo. Roget enim quis, cui bono fuerit, eandem sententiam præsertim bene positam, nunc revocare in quæstionem, ac de ea ita respondere, ut idem inculces odiosius. Sed ex iis quæ dixi de actore, et ex verbis quibus in hac re utitur, apparet factum esse potissimum actoris caussa: ut quod initio de eius utilitate æstimanda strictim dictum erat, ac velut per indicem, id nunc exprimeret, confirmaretque apertius, quorum auctoritate eam rem confirmari oportebat.

Hoc posito, in hanc actionem etiam utilitatem seu quod interest actoris venire: docet quod erat consequens, quando id in æstimationem veniat, et quid sit, quod in ea æstimatione numerari oporteat.
4 † Ac de priore significat, tunc solum æstimari quod interest actoris, pecuniam suo loco solvi, cum per debitorem factum erit, quominus eo loco solveret. Quod quam verum sit, quidque in eo differat actor a reo, cum utilitas loci constituti ab his quæritur, exposui initio capitis, ut in loco, pluribus:
illinc peti potest. † In altero occupatur di- 5
ligentius, quid computandum sit in eo, quod actoris interest, pecuniam suo loco solvi. Summa est, ut in eo æstimando et damni quod actor passus est ob pecuniam suo loco mora debitoris non solutam, et lucri quod pecunia illic accepta facere potuisset, neque fecit, ratio habeatur. Nempe iuxta definitionem eius quod interest, quod Paulus in *L. si commissa, infr. rem rat. hab.* ita definit, *quantum mihi abest, quantumque lucrari potui.* Sed et quod de lucro dicit, et quæ in horum utroque numerat hoc loco Ulpianus, pleraque iustam dubitationem habere videntur. Quæ ideo hic attingemus brevius, quia de toto genere scripsimus accuratius in *Libro, de eo quod in-
terest.* † In damno, æstimandum ait id o- 6
mne, quod creditor amisit ob eam caussam, quod Ephesi pecuniam non recepit. Numerat autem hæc: quod pignora eius ibi distracta sunt ab iis, quibus ipse sub iis pignoribus debebat (finge vilissimo distracta esse) aut quod pœna commissa, quam creditoribus suis promiserat, si quid his illic eodem tempore quo pecuniam illic accipere debebat, non præstitisset. Paulus contra ut videtur, in *L. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, *infr. de act. em.* Negat enim, tritico vendito non tradito, æstimandum esse hoc damnum, quod emptoris familia ob eam rem, quod triticum non sit traditum, fame laboraverit. Et quid interest, utrum ob rem debitam non traditam familia mea perierit, an perierint pignora, aut facultates pœnæ damnum senserint? In re nihil: qua de caussa distingui hæc non oportet. Quid ergo est? tenendum est illud, quod pluribus docui in eo commentario, quem ante dixi, omnia ista damna, quæ et hic et in *d. L. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, commemorantur: esse eiusmodi, quæ in ratione eius quod interest pariter non sint æstimanda, cum sine conventione solum exiguntur nomine eius quod interest, in iis caussis, in quibus in id quod interest agitur, ut in emptione, re vendita non tradita. Itaque quod de tritico dicitur in *d.* §. *cum. per venditorem*, etiam ad alias res pertinere: et quod illic dicitur in emptione, probandum esse etiam in aliis contractibus omnibus, in quæstione eius quod interest: propterea quod in hoc æstiman-

mando non possint hæc omitti, si ex his constat id, quod vere interest; si non constat, non possint æstimari: præsertim post constitutionem Iustiniani, qui in hoc genere æstimari vult, ut omne quod re vera inducitur damnum, ita solum. *L. unica*, *C. de sent. quæ pro eo*, *quod int.* Sed hoc ita, inquam, si hæc exigantur hoc solum nomine, quia petimus id quod interest, et hæc in eo numero esse volumus. Diversum est, si convenerit, ut illa damna præstarentur. Quod si actum sit: nemo negaverit conventionem esse servandam. L. 1. L. 7. §. *ait prætor*, *supr. de pact.* At id actum esse intelligitur, cum solutio rei debitæ in certum locum collata est. Ideo enim collata est, ut eius loci utilitas etiam creditori præstaretur: quamobrem et ea illi præstanda est. Idque est, quod hoc loco confirmatur. Idem actum esse apparet, cum solutio collata est in extraneam personam, hoc modo: mihi aut Titio dare spondes? Ideo et hic placet æstimari, quanti intersit stipulatoris extraneæ illi personæ solvi, *L. liber.* 118. §. *ult. infr. de ver. obl.* Idem placuit et de temporis utilitate, si forte solutio in certum tempus collata sit: *L.* 4. *in pr. infr.* ut appareat tria hæc una ratione contineri, haberique in omnibus rationem utilitatis eius, quæ in loco, persona, et tempore adiecto a stipulatore spectata est: tantum propter conventionem, seu quia ea adiectione aperte id actum est.

7 † Addit Ulpianus, id damnum, et quod actoris in suprascriptis rebus interest, æstimandum esse etiam ultra legitimum modum usurarum. Modus usurarum duplex est: percipiendarum, et iam perceptarum. Percipiendarum modus pro conditione personarum maxime constituitur. Summus autem, idemque legitimus, hic est, ne usura centesimam excedat. *L. eos*, §. 1. *C. de usur.* Perceptis modus hic constitutus est, ne excedant duplum sortis. L. *pen. C. de usur.* Priorem modum si accipimus: verissimum est, id quod interest posse excedere legitimum usurarum modum. Nam cum in centum aureos usura centesima sit unus aureus in singulos menses, duodecim in annos singulos: non modo id quod interest, non includitur intra eam summam; sed etiam excurrere potest usque ad quinquaginta, atque adeo ad centum usque: quod multis partibus superat centesimam. Tantum enim vetatur id quod interest, in casibus certis dupli quantitatem excedere. *L. unica*, *C. de sent. quæ pro eo quod int.* Alterum modum si intelligimus: falsum est hunc excedi posse in eo quod interest. Iam enim dixi, id quod interest, in casibus certis dupli quantitatem excedere vetari. An non igitur saltem hac parte definitio Ulpiani falsa est, qui generaliter definit in æstimationem venire id quod interest, et quidem ultra legitimum modum usurarum? Imo recte Ulpianus, quia de debitis usuris loquitur, aut de iis, quæ si promissæ essent, iure deberentur. Quæritur enim, an quemadmodum eæ non nisi ad legitimum modum usuris debitis constitutum peti possunt: sic nec possit ultra eum modum peti, id quod actoris interest, quod peti posse volumus. Et ait Ulpianus posse. Cui nihil adversatur, quod dicimus ipsum hoc quod interest, duplum sortis excedere non posse, tametsi et hic modus lege usuris constitutus est: quoniam perceptis constitutus est, et non amplius debitis: de quibus Ulpianus non sentit.

† De lucro primum definit, etiam huius 8
habendam rationem, ac non solius damni. Sententia generalis est, recepta apud omnes, et denique Iustiniani constitutiones confirmata, in eo quod interest, non tantum damnum æstimandum esse, quod creditor passus sit, sed etiam lucrum, quod is facere potuerit, neque fecit: ut *hic*, *et L. si fundus*, *in fin. infr. loc. L. si commissa*, *infr. rem rat. hab. L. unica*, *C. de sent. pro eo quod int.* Negari tamen videtur in *L. Proculus*, *infr. de dam. inf.* ubi respondetur, ex damni infecti stipulatione, ex qua agitur in id quod stipulatoris interest, non esse ei æstimandum id lucrum, quod ex re promissoris facere prius solebat, si promissor opere facto id illi auferat. Negari videtur et in *L. si is cui*, 71. §. *ult. infr. de furt.* ubi ita scriptum est: *furti agere potest is, cuius interest rem non surripi, interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est: non eius, qui lucrum facturus esset.* Dixi in commentario, quem commemoravi, utroque in loco notari iniustum lucrum, quod reiiciatur: ac cur sit iniustum, ostendi. Quod traditur, lucri habendam rationem, de iusto dictum esse: quoniam iniusti lucri nulla sit æstimatio. Nam et de metu edicto generaliter cautum est, quod metus caussa gestum est, ratum non haberi. *L.* 1. *supr. quod met. caus.* Et tamen non eo minus sic acceptum est edictum; ut placeat vani et iniusti metus nullam æstimationem esse. *L.* 6. *L.* 7. *in fin. supr. quod met. caus.* Magis adversari quis existimet: *L.* 2. §. *si navis*, *vers. portio*, *infr. de leg. Rho.* ubi Paulus merces levandæ navis caussa in mare iactas æsti-

stimari ait, quanti emptæ sint, non quanti vendi potuerint, si pluris potuerunt: et addit rationem, *quoniam detrimenti, non lucri fiat præstatio.* Sed nihil hoc adversus superiorem sententiam. Dictum enim est circa legem Rhodiam: qua lege non constituitur actio de eo quod interest petitoris, qui ob merces suas iactas agit; sed de eo damno quod ille passus est, nempe de iactu. *L. 1. infr. de leg. Rho.* Nos de ea actione agimus, in quam venit id quod interest actoris, quærimusque, quid sit habendum in eo quod interest. Ubi recte dicitur, damni pariter et lucri in eo rationem esse habendam. Sed Ulpianus in hoc lucro stipulatoris computat, si merces Ephesi, loco constituto solebat comparare, et ex his lucrum facere: ideo autem non emit, quia pecuniam, quæ illic solvi debebat, non accepit. Hic videamus, ne repugnent, *L. si sterilis, §. cum per venditorem, infr. de act. empt. et L. ult. infr. de per. et com. et vend.* Quibus in locis aperte negatur, æstimandum esse in actionibus empti et venditi, si emptor ex mercibus emptis negotiari, aut venditor ex pretio merces emere, et inde lucrum facere potuerint. Sed iam dixi et in his exemplis id recte dici, cum de æstimatione eius quod interest, solum agitur: et futurum fuisse, ut idem etiam hic responderetur, si nihil amplius quam hoc quæreretur, quid in eo quod interest, esset numerandum. Quod et verum est. Sic enim superioribus locis admonemur, nunquam in computatione eius quod interest, habendam rationem lucri, quod circa rem non consistit: non quia lucrum non sit; sed quia extra rem sit hæc utilitas, ac nec damnum eiusmodi in ea quæstione æstimaretur: ut multis ostendi in eo commentario: quem iam dixi sæpius. Quod autem hic dicitur, simul et damni et lucri æstimationem faciendam esse, eo dicitur, quia collata in certum locum solutione, eius loci utilitas, quam indé sperarent actor, et reus, utrinque ab illis spectata est, itaque actum, ut præstaretur. Et in summa cum lucri rationem habendam esse dicimus, ibi dicimus, ubi et damni pariter contingentis ratio haberetur, ut hic. At ubi damni istius non haberetur, non debet mirum videri: neque in eo quidquam dicitur superioribus repugnans, si ibi nec similis lucri rationem haberi dicimus, ut in specie *d. §. cum per venditorem.* Pariter enim damni et lucri rationem habendam esse volumus.

Sed et illud animadvertendum est, quod Ulpianus † lucrum hoc quod ex mercibus 9
debita pecunia emptis fieri potuit, ita stipulatori æstimari vult, si merces solebat comparare, idest, si fuerit negotiator. Quod et ipsum non liquet, Ius enim certum est, quod modo dixi, in eo quod interest æstimando non aliter lucri, quam damni rationem haberi *L. unic. in fin. C. de sent. quæ pro eo quod int.* quod et ipse Ulpianus hic significat. Constat autem omne damnum petitoris æstimari, sive negotiator sit, sive non sit: tantum enim hoc quæri iubetur, an damnum re vera inductum sit. *d. L. unic. §. 1. C. de sent. quæ pro eo.* Quo efficitur et lucrum, quod actor vere facere potuerit, eodem modo æstimari debere, sive is negotiator fuerit, sive non fuerit. Et hoc non solum recte colligitur, sed et plane ita se habet, si modo constet lucrum ita futurum fuisse, ut actor intendit. Prius enim de eo constare debet: cum etsi damnum se passum diceret, non minus id probare deberet, eoque non probato adversarius obtineret. *L. qui accusare, C. de ed.* Ita in quæstione iuris, ubi de facto constat, ius in damno et lucro idem est. Quemcumque lucrum facturum fuisse, aut damnum fecisse constabit, huic et lucri et damni æstimatio pariter præstabitur. At cum de facto ambigetur, quæreturque de harum rerum probatione: hic aliud damni, aliud lucri natura ad probationem desiderat. Qui damnum petit, petit damnum iam factum. Damnum facere quivis potest: et cum factum est, a quovis probari potest: quæ enim iam facta sunt, certa sunt, et sub sensum cadunt. Aliter, cum de lucro agitur: non agitur de lucro iam facto; sed de futuro, et quod creditor facere potuerit. Hoc lucrum se facere potuisse mercibus comparandis nemo probare potest, nisi negotiator, qui eas emere consueverit. Nam ut facturus fuerit, duo concurrere oportet: ut potuerit merces comparare, et ut voluerit. Potuisse eum, probabitur ex opportunitate loci, ubi merces venduntur. Voluisse autem, non potest probari, nisi ex personæ conditione, si is sit creditor, qui merces eas soleret comparare. Ita si hoc deest, lucrum quod intendit, non consequetur, etiam si maxime re vera facere cogitarit, quamvis negotiator non esset. Non utique, quia lucrum hoc ei, qui negotiator non sit, iure præstandum non sit; sed quia hic respondeamus, quod in re simili Paulus: si id non apparet, non ius deficit, sed probatio. *L. duo, infr. de test. tut.*

Ad L.

Ad L. Ideo 4.

Caius lib. 9. ad Edictum provinciale.

Ideo in arbitrium iudicis refertur hæc actio: quia scimus, quam varia sint prætia rerum per singulas civitates regionesque: maxime vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse: tamen aliis locis facilius, et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius, et gravibus usuris.

QUo referatur ratio huius loci, exponitur dilucide in §. *loco*, *Institut. de action.* et diximus ad *L.* 2. *in prin. supr.*

Ad L. Quod si Ephesi. 5.

Ulpianus lib. 25. ad Edictum.

Quod si Ephesi petetur: ipsa sola summa petetur: nec amplius quid, nisi si quid esset stipulatus, vel si temporis utilitas intervenit.

SUMMARIA.

1. *Loco constituto si agitur, arbitraria cessat, et sola summa promissa petitur.*
2. *Constituto loco cum agitur, constituti ad ibi solvendum temporis utilitas æstimanda, non eius temporis, quo mora ibi facta est.*
3. *In utilitate temporis quæ numeranda.*
4. *Arbitrariæ actionis* de eo quod certo loco, *propria multa, nihil horum esse cum agitur eodem loco, quod inducat arbitrariam actionem ad petendam utilitatem constituti temporis.*
5. *Loci constituti, et constituti temporis ad solvendum caussa longe diversa.*
6. *Tempus quod tacite inest propter locum, longe distat ab eo quod solutioni dictum est.*

APerte cohæret hoc caput cum §. *ult. L.* 2. *supr.* nec aliunde nascitur adversativo huius loci, quam ex eo quod illic scriptum erat: ut iam non quia idem auctor sit Ulpianus, Liber idem 27. *ad edictum*; hunc locum cohærentem dicamus; sed quia idem est contextus, eadem connexio non tantum sententiæ, sed etiam verborum.
1 † Dixerat Ulpianus in §. *ult. L.* 2. cum quid Ephesi dari promissum est, si arbitraria actione agitur, iudicis officium in ea esse, ut etiam actoris habeat rationem, idest, æstimet, quod eius interfuit Ephesi dari, atque ita contractus quantitatem excedat, dum maioris summæ, quam promissæ reum condemnat. Sed hoc, inquam, cum arbitraria actione agitur, ut posuit initio §. idest, dum alio loco agitur, quam Ephesi. Ibi enim arbitraria actio locum habet §. *loco*, *Inst. de act.* Nunc subiicit particula adversante, diversum esse, si loco constituto agatur. *Quod si*, inquit, idest, *At si Ephesi petatur*, loco nimirum constituto: ipsa sola summa petetur, nec amplius quid: proinde nec quod intersit actoris Ephesi solvi, ut tunc fit, cum agitur alio loco arbitraria actione. Supervacuum hoc monere, dixerit quispiam. Quis enim dubitet, eam utilitatem loci non esse illi præstandam, quam habet? At habet, cum ipse eo loco agit, et eodem illo loco ipsi solvitur. Quinimo cum ei illic solvitur, satis hæc utilitas illi præstatur. Sed monetur hoc non inepte. Potuit enim interesse actoris eo loco citius solvi, quam cum nunc agitur, ut tamen hanc utilitatem propter moram debitoris non sit consecutus. Unde dubitatio, an cum agetur suo loco, saltem utilitas loci præstanda sit ea, quam creditor mora debitoris amisit. Finge loco con-

constituto interpellatum recte debitorem non solvere: quia autem creditor pecuniam speratam non accepit, non potuisse ibi solvere creditoribus suis: ideo pignora eius vili distracta esse: pœnam, quam promiserat, commissam: merces ab eo non comparatas, quas comparare solitus erat: quæ sunt illa, quæ alio loco agendi æstimanda esse supra dixerat in *d.* §. *ult. L.* 2. An non iuste dubitabitur, num in hac saltem mora debitoris, hæc adversus frustratorem æstimanda sint, ut mora sua debitori noceat iuxta regulam iuris? *d.* L. *in condemnatione*, §. *unicuique*, *infr. de reg. iur.* Negat tamen quidquam horum æstimandum esse, ut præstetur, cum loco constituto agitur. Id enim futurum est, si summa promissa sola petitur, nec quidquam amplius. Unde intelligitur, quam operæpretium fuerit de eo certius constitui: nimirum adversus iustam dubitationem. Recte hoc Ulpianus, et ex principiis iuris notis. Sic enim faciendi obligationes sunt, ut si factum non sit, quod debuit, in obligationem veniat, id quod interest. *L. si pœnam*, *L. quoties quis*, *L. stipulationes non*, *vers. Celsus*, *infr. de ver. obl.* In dandi autem stipulationibus nihil amplius in obligationem venit, quam res stipulatione comprehensa; non venit quod interest: unde et certæ dicuntur. L. *ubi autem*, §. *ult. de ver. obl.* Quod non ita esset, si id quod interest, veniret. *d. L. si pœnam*, *de ver. obl.* Nec mora debitoris auget hanc obligationem, ut Africanus scribit in *L. centum infr. eod.* Inde enim placuit in actione stricti iudicii ex mora aut etiam post litem contestatam usuras non deberi: L. 1. *C. de cond. ind.* et quod plus est, ne fructus quidem ex mora accedere. L. *videamus*, 38. §. *si actionem*, *infr. de usur.* Sed hic duæ sunt exceptiones, quæ subiiciuntur: Una, nisi quid petitor sit stipulatus, veluti usuras pecuniæ creditæ: nam usuræ ex stipulatione debebuntur. L. 1. L. 3. *C. de usur.* nec iudicio de sorte cœpto earum petitio tolletur. L. 1. *C. de iud.*

2 † Altera, nisi utilitas temporis intervenerit. Cuius temporis? non moræ, ut perperam Accursius et Bartolus interpretantur. Alioqui mora debitoris augebit obligationem pecuniæ etiam stipulatione promissæ: de ea enim hic agitur. In qua tamen id falsum esse modo ostendimus, et iidem illi falsum esse agnoscunt. Nam quod huius obiectionis vitandæ caussa exceptionem ad rem certam, quæ vilior facta sit, aut ad actionem ex testamento referunt, satis in eo præcedentibus Ulpiani verbis refelluntur. Refertur enim totum hoc initium ad illam stipulationem, de qua egerat in *d. L.* 2. §. *ult. supr.* ea autem est, qua actor certam summam Ephesi solvi stipulatus erat. Unde et quantitas contractus illic nominatur, et Ephesus locus solvendi dicitur, et actor stipulator. Certum quidem tempus hic intelligi oportet. Nam dicere omnis temporis præcedentis utilitatem venire, cum suo loco agitur, aperte falsum est: cum illius quidem temporis non præstetur citra controversiam, cum mora facta non est. At tempus moræ intelligi, quasi de eo Ulpianus senserit, quæ ratio loquendi patitur? nam de iure si quæritur, effectum est, hoc tempus accipi non posse. Cuius ergo temporis utilitatem intelligemus? nempe eius, quod ad solvendum stipulatione constitutum est: ut sit sensus: nisi utilitas temporis stipulatione constituti interveniat. Unde ergo sic intelligemus? Ex consuetudine loquentis, quæ præcedentibus verbis declaratur, et quia iuris ratio hanc sententiam postulat: quod ius ille non ignoravit. Loci utilitatem et locum cum prius aliquoties simpliciter nominavit, ubique locum constitutum intelligit. *Ne auferat loci utilitatem reo*, ait in *L.* 2. §. 1. *supr.* Valet: ne auferat utilitatem non cuiusvis loci quo quid dari potest; sed loci constituti, utpote quam solam reo salvam esse oportet. §. *loco*, *Inst. de act.* Et in *ead. L.* §. *Scævola*, in fin. *facit*, inquit Scævola, *actoris electionem et in re propter locum*: nempe constitutum. Quid hic de tempore? tempus loco comparat, ac de utriusque utililate actori præstanda quæritur. Loci præstandam negat, cum Ephesi agitur; temporis, ait. Ut ergo locum prius nominans, constitutum intelligit: sic et eodem loco, cum temporis utilitatem dicit, temporis constituti utilitatem accipere debemus. Sic enim ex consuetudine dicentis, ex præcedentibus et sequentibus mens auctoris colligitur, L. *si servus plurium.* 50. §. *ult. infr. de legat.* 1. Sed et hæc sententia sola vitio caret, et sola cum rationibus iuris congruit: quæ res facit, ut etsi mens scriptoris hic esset obscura, eam tamen significationem ut in iure auctori cognito sumere deberemus. *L. in ambigua*, *supr. de legib.* Significat enim, si quis stipulatus sit, Ephesi decem dari calendis illis, aut nundinis proximis, et intersit creditoris sibi pecuniam illo tempore Ephesi solvi: nisi soluta erit, idipsum quod stipulatoris interest, æstimandum et præstandum

dum petenti, quamvis Ephesi, non alio loco agatur: ut ita non loci utilitas, idest, quævis utilitas, quæ ex eo loco alio tempore percipi potuerit, sed solius eius temporis constituti in æstimationem veniat. Quod et verum est: confirmaturque hæc sententia ab eodem Ulpiano diserte in *L. si fundum*, 114. *infr. de ver. obl. et L.* 5. *in*
3 *pr. infr. commod.* † In quo si quærimus, quæ computanda sint, æstimabuntur ea, quæ in utilitate loci æstimanda commemorantur in *L.* 2. §. *ult. supr.* Idque hoc loco sentire Ulpianum apparet. Ait enim, superiora illa, de quibus dixerat, non posse peti, cum Ephesi agitur: et hoc excipit, *nisi utilitas temporis interveniat.* Quo evidenter significatur, utilitate temporis interveniente, illa ipsa in tempore esse æstimanda. Denique quæ in loco adiecto contrahentium conventio est, ut eius loci utilitas servetur: eadem est in tempore, quod solutioni adiicitur, ut servetur utilitas eius temporis. Proinde quemadmodum conventio facit, ut superiora illa æstimentur, præstenturque petitori, cum alio loco agitur: sic et in tempore conventio faciet, ut earundem rerum omnium ratio habeatur, ut illic diximus.

Petet igitur actor, quamvis Ephesi agat, non summam solam stipulatione comprehensam, sed et utilitatem istam constituti
4 temporis, si ulla intervenit. † Sed qua actione? directane, et ea qua ipsa summa ex stipulatu petitur, an vero arbitraria, ut fit, cum alio loco agenti utilitas loci petitur? *d.* L. 2. §. *ult. supr.* quod quidam putant, et multis defendunt ad L. *centum, infr.* Quæ sententia ex ignorantia eorum, quæ huius actionis propria sunt, et perversa loci et temporis comparatione nata est. Duo sunt propria arbitrariæ actionis eius, quæ ex stipulatione et aliis caussis stricti iudicii iure comparata est, de qua hoc titulo agitur: quorum utrumque non patitur, ut ex eo genere possit peti utilitas temporis actione arbitraria. Primum hoc est, quod nunquam arbitraria ex stipulatione et similibus caussis agitur, nisi cum petitur quid præter stipulationem, et obligationem: in quo petendo iniuria fiat reo, eamque iniuriam tolli placeat, proposita hac actione. Ideo hæc actio proposita est de eo quod certo loco dari promissum est. At non alias, quam cum alio loco agitur; §. *loco*, *Inst. de act.* eodem loco si agatur, nequaquam, ut hic traditur. Cur autem, cum agitur alio loco? quia secundum stipulationem alio agi non potest: *L.* 1. *supr. hic.* Ut si fiat potestas alio loco agendi, ut fieri necesse fuit, non careat ea res aliqua iniuria rei, dum ei utilitas loci aufertur, quam illi salvam esse oportuit. Unde et sic actio alio loco data est, ut esset arbitraria ad superiorem utilitatem reo tuendam. *d.* §. *loco*, *de act.* Et res ita habet: quidquid petitur ex stipulatione ipsa secundum formam et conventionem stipulationis, id directa actione petitur, etiam si petatur id quod interest. Indicio sunt faciendi obligationes ex quibus sive quid contra factum sit, quam debuit: sive non sit factum quod debuit, in id quod interest, agitur. §. *ult. Inst. de verb. obl. L. si pœnam*, *L. stipulationes non*, *vers. Celsus*, *infr. de verb. obl.* Nemo tamen unquam dixit ex his stipulationibus peti id quod interest arbitraria actione, ac non directa ex stipulatu. Et vero hanc ipsam de stipulationibus incertis proditam esse constat. *Inst. de verb. obl. in pr.* At cum promissum est, certo tempore dari, puta Calendis, si petatur post Calendas, non modo nihil fit in eo contra stipulationem, sed maxime ex stipulatione: atque adeo ex stipulatione non nisi post Calendas peti potest. §. *omnis*, *Inst. de verb obl.* Non est igitur de eo, quod certo tempore dari promissum est, arbitraria actio, tametsi alio tempore petitur. Idque et ius publicum aperte comprobat. Legimus enim propriam actionem de eo quod quis certo loco dare promisit, propositam esse iure, nempe arbitrariam, idque ius multis locis expositum est, ut §. *loco*, *Inst. de act.* ut hoc titulo, ut L. *unica*, *C. ubi conven. qui cer. lo. dar. promis.* At nusquam quidquam eiusmodi traditum de eo, quod in diem, seu certo tempore dari promissum est, ne per significationem quidem. An non plane vitiose, si et de eo non minus actio arbitraria fuit? Sed res loquitur, ideo nominatim de eo quod certo loco dari bebuit, hoc ius proditum: ut intelligamus huius speciei esse proprium; non idem esse in tempore, si quid certa die dari deberet. Proprium ergo hoc actionis arbitrariæ in stipulatione et similibus obligationibus, ut non agatur arbitraria, cum ex contractu et conventione agitur: ut fit, cum alio tempore agitur, peti turque utilitas eius temporis. Sed proprium eiusmodi, quod si solum esset, et ageretur solum de utilitate actoris, ut nunc de eo tantum quærimus, non esset magnopere laborandum, utrum utilitas ista peteretur directa actione, an arbitraria. Nam cum

cum admissa actione arbitraria, posset actor eam utilitatem non minus consequi (in arbitrariam enim actoris quoque utilitatem venire effectum est. *L.* 2. §. *ult. supr.*) parum referre putandum esset, utra ex his ageret, cum pariter utraque suum consequeretur. Itaque si hoc tantum esset, de titulo et nomine actionis litem non moverem.

Sed est aliud etiam proprium actionis arbitrariæ, quod præcipue facit, ut cum fructu quæratur, an sit hoc casu arbitraria actio: et idem in hac utilitate temporis petenda docet arbitrariam esse non posse. Quamobrem et hoc adiiciendum est. Id autem tale est. Arbitraria, qua alio loco agitur, utriusque utilitatem continet tam actoris, quam rei. *L.* 2. *in pr. et* §. *ult. supr.* et actoris quidem tunc, cum per debitorem mora facta est, quominus suo loco solveret; at rei semper, etiamsi ipse in mora prius fuerit, ut docui ad *d. L.* 2. *in pr.* Quare si tunc, cum intervenit utilitas temporis, et actor Ephesi summam debitam ac temporis utilitatem petit, simul etiam utilitas rei venit: caussam non dico, quin sit et in tempore actio arbitraria. Quod si rei utilitas non venit, fatendum est non esse arbitrariam: cum id desit, quod maxime huius actionis in stipulatione proprium est, et cuius caussa potissimum arbitraria est comparata. *d.* §. *loco*, *Inst. de act.* At quominus utilitas hic præstatur reo, eadem conditio actionis arbitrariæ prohibet. Ut enim aliquo agente ex caussa stipulationis, aut similibus arbitraria actio utilitatem rei, quæ extrinsecus contingat, contineat, hæc concurrere oportet: Primum ut istam utilitatem actor reo auferat: tum ut auferat ita agendo: postremo ut auferat agendo contra stipulationem. His enim de caussis alio loco agendi arbitraria actio proposita est, et si una aliqua ex his desit, non sit actio arbitraria ad utilitatem loci constituti reo æstimandam, ut declaratur in *d.* §. *loco*, *Inst. de act.* At nihil horum dici potest, cum alio tempore petitur, quod ex stipulatione certo tempore dari debuit. Primum si reus sua die non solvit, aut nulla fuit utilitas eius temporis, quam ideo amiserit, quia tum non solvit: aut si qua fuit, ipse sibi eam ademit, non alius. Cur enim amisit? quia non solvit ipse, quod debuit: qui si solvisset, statim commodum solutionis esset consecutus, liberationem, atque in posterum omni periculo futuri temporis esset liberatus. Quod quia non fecit, factum illi suum non adversario nocere oportet, ex regula iuris. *L. factum*, *infr. de reg. iur.* tanto magis, quod in hoc facto inest culpa et frustratio debitoris: quæ tunc exsistit, cum reus sua die non solvit. *L. magnam*, *C. de contrah. et commit. stip.* *L. hominem*, *infr. mand.* Hanc vero debitori nocere debere, non adversario, multo æquius et certius habetur. *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *infr. de reg. iur. d. L. hominem*, *infr. mand.* Nec huic contrarium est, quod mora a debitore facta, quominus suo loco solveret, si creditor alio loco petat, placuit nihilominus in æstimationem venire id quod rei interest, ut diximus *L.* 2. *in pr. supr.* Alio enim loco qui agit adversus frustatorem: sic agendo, præteriti quidem temporis utilitatem non aufert reo, qui eam mora sua sibi ademit; sed aufert præsentem, quam contra stipulationem alibi agendo auferre non debuit. Semper enim idem locus manet, qui initio fuerat: ac de eius loci utilitate agitur. Nihil eiusmodi in tempore, cum actor alio tempore agit. Hic enim non de præsentis temporis, sed constituti, quod iam præteriit, utilitate quæritur. Nunquam autem actor, quamvis alio tempore agendo dici possit temporis constituti et iam præteriti utilitatem auferre reo, quam ipse reus iam ante mora sua sibi abstulit. Sed etsi ab initio in creditore mora fuit, qui oblatam sua die pecuniam sine iusta caussa accipere recusavit: tamen ne sic quidem ullam utilitatem extra rem contingentem reus amississe putandus est, aut si quam amittit, facto suo et culpa amittit, non actoris. Quid enim amittit, cum pecunia non accipitur? pecuniamne? at eam ideo magis habere incipit, quia non accipitur. Desiisset enim habere, si accepta esset: nunc quia accepta non est, retinet. Quid igitur? dicet, inquiunt, se nunc, cum pecunia iterum ab eo petitur, non ita levibus usuris sibi facile esse pecuniam comparare. At si pecunia adhuc apud eum est, nihil necesse est pecuniam fœnori quærere aliunde: cum habeat æque atque ab initio, quod possit solvere. Neque in ea solutione ullum damnum eius futurum est, si pecuniam habere desinit: quia debuit, et si solvisset, initio, non minus habere desiisset. Quod si pecuniam ideo habere desiit, quia impendit in alios usus, quid obtendere potest, cur si quid ex ea re damni contigit, non facto et culpa eius contigerit? Cur enim impendebat, quam sciebat se quandocunque reposcenti solvere debere? Dices, nolebat molestiam custodiæ

fer-

ferre tandiu, aut periculo pecuniæ obstringi. Æquum hoc est; sed cum hæc vitare potuerit bonis et honestis ac iure cognitis rationibus sine damno creditoris, non debuit iniuriam comminisci, et facto non necessario creditorem lædere. Consequi hoc potuit, si pecuniam iterum offerret creditori, atque hoc non accipiente pecuniam obsignaret, et recte deponeret. Sic enim continuo non tantum omni periculo, sed etiam obligatione ipso iure liberaretur: neque alia liberandi sui, et creditoris lædendi ratio iure prodita est. *L. acceptam*, *C. de usur. L. obsignatione*, *C. de sol.* Aliud si secutus est, culpa vel potius dolus eius est, qui alii nocere non debet. *d. L. factum*, *infr. de reg. iur.* Utcunque est, dici non potest, quod detrimentum hic contigit, culpa creditoris, ac non propter factum et alienationem debitoris non necessariam accidisse: quod satis est ad eum removendum: de quo quæritur. Sane si pecuniam reus servare voluit, et aut ea periit casu, aut eius pretium lege publica postea imminutum est: damnum est eiusmodi, quod æquum est, creditorem præstare, et placet præstare debere. *L. qui decem*, *infr. de sol.* Sed damnum, quod contigit non extra pecuniam, sed in pecunia ipsa debita: de quo nunc agimus. Et sane ut hoc damnum reo amoveatur, nihil arbitraria actione opus est; directa sufficit: quia si petetur pecunia, potest reus se tueri doli mali exceptione, ut scriptum est in *d. L. qui decem*, *de sol.* Neque vero huic exceptioni aliis in iudiciis locus est, quam in strictis, et iis quibus summa ipsa principalis petitur. Nam ut ibidem adiicitur, si pecunia ex bonæ fidei iudicio debita post creditoris moram perierit, ipso iure desinit debitor teneri, eoque nec exceptio desideratur. Tum autem ad eam rem arbitrariam ullum iudicium esse necessarium nusquam lectum est. Ac non esse in tempore adiecto necessarium, inde intelligi potest, quod eadem exceptione tutus futurus esset reus, etsi pecunia pure promissa esset, in qua accipienda creditor moram fecisset, ac deinde ea contigissent, quæ supra dixi. *d. L. qui decem.*

Apparet igitur aut reo nullam extrinsecus utilitatem amitti, quod non solvit sua die: aut si qua utilitas hæc fuit, hanc ipsum sibi adimere, non ei adimi ab actore, sive debitor ipse moram fecerit, quominus daret, sive non fecerit: qua de caussa hæc illi utilitas præstari non debet. Sed ut aliqua utilitas ei auferatur: nondum tamen satis ad eam exigendam, inducendamque in hoc arbitrariam actionem. Exigitur, ut hanc utilitatem actor auferat agendo: ut fit in loco constituto, cum alio loco petitur. *d. §. loco*, *Inst. de act.* At cum alio tempore agitur, quam constitutum est: si quam utilitatem prius habuit reus, et eam non amisit, etiam tunc habebit, cum agetur, eoque nec desiderabit. Si prius amisit: apparet non ideo amitti, quia nunc cum ipso agitur: cum tunc non habeat, quod amittat. Exigitur præterea, ut actor hanc utilitatem auferat contra stipulationem, ut evenit, cum alio loco agitur. *L. 1. supr. hic.* Nunc autem, ut dixi, alio tempore quam constituto, recte agitur et secundum stipulationem: imo vero ex stipulatione non aliter agi debet: ut dicendum sit, si qua utilitas ob eam petitionem reo absit, non debere actori id fraudi esse, qui suo iure utitur. Arg. *L. nullus infr. de reg. iur.* Hæc abunde probant, cum utilitas temporis intervenit, stipulatorem sic recte hanc petere, ut petat ipsa actione ex stipulatu, non arbitraria: et ut forte arbitrariam quis esse hic diceret, non tamen esse illam arbitrariam, quæ utriusque utilitatem contineat, præcipue rei: cum in hac caussa nulla sit temporis utilitas, quæ reo adimatur, aut adimatur alio tempore agendo, aut adimatur contra stipulationem: quæ tamen omnia arbitraria actio exigat, ad utilitatem rei æstimandam.

Quid est igitur, quod † movet quosdam, 5
ut arbitrariam actionem hic esse dicant, etiam in tempore, et in eo rei quoque rationem habendam? quia scilicet id fieret, cum non suo loco agitur. Cur non, inquiunt, et cum non suo tempore, ut eadem sit ratio temporis et loci? Hæc vero qui comparat: et quid in proposito inter ea intersit, non videt: is res dissimillimas manifesti iuris et æquitatis ignorantia comparat. Quam enim hæc diversa sunt in omnes partes, sive solvendi, sive petendi facultatem spectes, sive iniuriam petitionis? facultas in utroque solvendi longe dissimilis. Qui certo loco dare promisit, alio loco solvere invito stipulatore non potest. *L. pen. infr.* Qui promisit certo die, is et ante diem solvere potest: *L. quod certa*, *infr de sol.* et post diem non solum potest, sed etiam debet, ut quandocumque postea offerat, si actor recuset, moram faciat, nec sit impune. *L. qui decem*, *infr. de sol.* Nec minus dissimilis facultas petendi, de qua nunc quæritur, sive eodem loco et tempore, quæ constituta sunt, agatur, sive aliis. Actor loco constituto et natura semper agere potest,

test, et iure, quod illi stipulatio dat: ut nisi ibi agat, nonnulla culpa eius sit, quam in æstimanda loci utilitate æquum sit, reo ab illo præstari. At die constituto, etiam si velit, agere, non potest. §. *omnis*, *Inst. de verb. obl.* Ut profecto si eo non agat, nihil sit, quod ei queat imputari. Quod si de aliis locis et temporibus agitur, an non eadem est hæc dissimilitudo? Alio loco agere stipulator non potest nisi adversus stipulationem. *L.* 1. *supr.* ubi dixi: ut merito sic ad illic agendum admitti debeat: ne loci constituti, qui adhuc manet, et quo experiri potest, utilitatem contra stipulationem cum summa iniuria auferat reo. Alio autem tempore, ut dixi, non modo petendi ius est, sed etiam hoc stipulatio continet, atque hoc inter contrahentes agitur, ne agatur, nisi transacto tempore, proinde et alio: quo iure qui utitur, nihil iniuria facit, nihil detrahit alteri, quia utitur suo. Quid effectus et iniuria petitionis, an non et hæc insigniter dissimilis? Alio loco agendo actor adimit reo utilitatem præsentem loci constituti, quæ non minus reo salva esse debet, quam quæ præteriit: quia quocunque tempore agatur, semper locus idem nunc est, qui ab initio fuerat constitutus: quam ob caussam et arbitrariam actionem potissimum inductam esse legimus in *d.* §. *loco*, *Inst. de act.* At qui alio tempore agit, nunquam ita agendo temporis constituti utilitatem potest adimere. Spectatur enim temporis constituti utilitas non sæpius, sed eo ipso tempore tantum, quod constitutum est: id enim tempus unum est, non plura: Quare aut iam tum, cum eo tempore solutum non est, aliqua utilitas ideo adempta est, aut nulla. Si iam tum adempta: non adimitur nunc agendo. Si adempta non est: ne nunc quidem certe adimitur. Præsentis enim temporis utilitas ea petitione adimi dici potest; constituti non potest, quia id iam præteriit: nec fieri potest natura, ut quod tempus utilitatem suam salvam habuit, non etiam habuerit. Facta enim infecta fieri non possunt. Quamobrem nihil minus verum est, quam eandem esse rationem temporis et loci: quæ et natura, et iuris ratio tam manifeste separavit. Nec quidquam minus convenit, quam dicere, ut in loco rei: sic in tempore huius ipsius rei habendam esse rationem, cum alio loco, et alio tempore agitur. At enim, inquiunt, æque spectatur et æstimatur utilitas temporis ac loci in hac L. 4. Sed in actore æque spectatur, de hoc enim agitur et in *L.* 2. §. *ult. supr.* et in hoc *fragmento*, quod illius superioris disputationis appendix est, et diserte de pecunia petita hic dicitur, quæ petitio alii, quam actori non convenit. Non æque vero spectatur in reo, ac nec potest, ut ante planum feci. At non minus læditur reus ex tempore, quam ex loco. Etsi hoc non semper accidit: tamen ut accidat, non ideo utilitas temporis æque præstanda sit reo, ut loci. Utilitatem enim loci semper illi actor aufert, cum alio loco agit: quam ideo illum præstare æquum est. Utilitatem temporis aut nullam amittit reus, qui sua die non solvit, aut si amittit, hanc ipse sibi adimit facto suo; non actor, cum alio tempore, quam constituto agit. Hoc factum reo, non actori nocere debet, ut multis ostendi. Imo, inquiunt, propter locum etiam ratio habebitur temporis. Loco enim tempus inest: igitur et remota ratione loci, superest temporis ratio. † Quam male hic 6
quoque, ut superiora, comparantur tempus, quod tacite loco inest, et id tempus, de quo nunc agitur? Loco inest tempus; at non id, quo pecunia solvi debeat, sed intra quod perveniri possit in locum constitutum. *L. interdum*, *infr. de ver. obl.* §. *loca*, *Inst. eod.* Nos de eo tempore agimus, quod nominatim stipulationi adiectum est, quo eodem ex conventione pecnnia solvi debuit. Censemus hæc tempora esse similia? Atqui ad obligationem, de qua quæritur, sunt contraria. Nam tempus solutioni constitutum est id, quo pecunia ex conventione solvi debuit, ac nisi solvatur, mora fiat. *d. L. magnam*, *C. de contrah. et committ. stipul.* Tempus autem, quo perveniri in locum constitutum potest, est eiusmodi, intra quod placet nihil deberi aut peti posse, eoque nec fieri moram, si per id tempus pecunia soluta non sit. Atque hinc evenit, ut prioris, idest, constituti utilitas æstimetur stipulatori adversus reum, qui tum non solvendo moram fecit, de quo hic agitur; posterioris utilitas nunquam in æstimationem veniat, ut actori præstetur, cum per id tempus nihil debitum fuerit. Itaque si similitudo placet, invertendum potius fuit hoc modo argumentum: utilitatis temporis quod loco tacite inest, ratio non habetur, ergo nec utilitatis temporis constituti habebitur. Sed quam hoc totum vitiose colligitur; Alioqui hoc argumento etiam efficietur, utilitatem temporis constituti non esse præstandam actori: quia nec illius, quod tacite inest utilitas ei præstanda sit. Summa sit hæc de utilitate loci et temporis reo æstimanda: cum alio

loco

loco agitur, arbitrariam actionem esse, qua utilitas loci constituti æstimetur et præstetur reo: quia semper hæc illi auferatur ista petitione contra stipulationem. Cum autem agitur alio tempore, non esse hic actionem arbitrariam, ne stipulatori quidem ad petendam utilitatem temporis, quæ intervenit: certe non eam, qua æstimetur utilitas rei, quæ in eo tempore fuerit: quia hæc illi facto actoris nunquam adimatur, non agendo contra stipulationem.

Ad . Interdum iudex.

Interdum iudex, qui ex actione cognoscit (cum sit arbitraria) absolvere reum debet, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. Quid enim si ibi vel oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel ex facili solvenda? nonne debebit interdum absolvere? in summa æquitatem (quoque) ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni additus est.

SUMMARIA.

1. *Actione arbitraria, qua alio loco agitur, reum quem debere constet, interdum absolvendum: id contingere tribus in caussis, singularum æquitas. Prima.*
2. *Secunda.*
3. *Tertia.*
4. *A reo qui absolvitur, ne alio loco solvere cogatur, cautio exigitur; et cautionis ratio, atque effectus.*
5. *Æquitatem plenius spectari in arbitrariis, et bonæ fidei iudiciis, quam in strictis, ut ex stipulatu.*

Cum alio loco agitur arbitraria actione, convenire videbatur actioni, ut semper reus condemnaretur in pecuniam petitam, habita ratione eius quod utriusque interest: non enim datur actio, nisi eius persequendi et consequendi caussa, quod debetur, ut est definitio actionis. Hinc dubitatio, an iudex, qui de hac actione cognoscit, possit aliquando reum, quem debere constet, absolvere. Hic statuit Ulpianus posse, atque etiam debere, si id æquum videatur. Etsi enim alio loco actio constituta est: tamen constituta est arbitraria. Cuius vis est ea, ut iudicem oporteat in ea rem ex bono et æquo arbitrari. §. *præterea, Inst. de act.* Idque est, quod dicit, æquitatem ante oculos habere debere
1 iudicem, qui huic actioni addictus est. † Docet autem tribus de caussis, æquum fieri, ut reus alio loco conventus, ibi absolvatur. Prima est, *si dicatur pecunia* loco constituto *oblata actori*, quam ille accipere recusarit. Iusta hæc caussa est. Nunquam enim mora creditoris eam commoditatem solutionis reo auferre debet, quam is habiturus esset, si creditor pecuniam accipere voluisset. *L. qui decem, infr. de solut.* Quare si qua commoditas debitoris est, loco constituto pecuniam solvere, quam et ibi pro suo commodo prius obtulit: hanc utilitatem illi adimi non oportet, cum per creditorem steterit, quominus ea nunc frueretur. Nec dicet creditor, se quidem prius moram fecisse; at nunc cum petit, debitorem sine caussa recusantem posterius moram facere: posteriorem autem moram nocere. *L. illud, infr. de per. et com. rei vend.* Recte enim referetur ex adverso, debitorem nunc posterius moram non facere recusando: quia ita recuset, ut paratus sit et loco constituto, ut antea solvere. † Se- 2
cunda caussa est, *si dicatur*, inquit Ulpianus, *pecunia deposita.* Hoc sic accipiemus: si dicat debitor se in locum constitutum venisse solvendi caussa, et cum illic creditorem non offenderet, se ibi pecuniam reliquisse, et deposuisse apud amicum, qui creditori illic invento quandoque solveret. Hæc bis ad absolvendum reum idonea caussa est. Primum quod et tunc mora in re fit, cum non exstat, qui conveniatur. *L. sed etsi, in fin. infr. de usur.* Deinde quod ex fide et diligentia solutionis hæc difficultas præstationis illi nata est, quod pecunia ex fide alibi relicta, desiit habere eam, quam ibi recte solveret, ubi nunc petitur. Vel mora creditoris, vel ipsius debitoris in solutione fides, et novum incommodum hinc natum merentur, ne quid eorum debitori noceat. Arg. *d.* L. *qui decem, de solut.* Depositam pecuniam hic non intelligemus, quo modo depositio pecuniæ in liberationibus debitorum accipi solet, quasi hic debitor pecuniam obtulerit loco constituto

tuto creditori, et cum non acciperetur, eam obsignatam solemniter deposuerit: quod cum sit, statim debitor liberatur. *L. 1. in fin. infr. de usur. L. tutor pro, in fin. infr. de administr. tut. L. acceptam, C. de usur.* Post hanc enim depositionem non deberet dici, reum ex hac actione esse absolvendum, ut Ulpianus loquitur; sed nullam omnino adversus eum actionem esse, qui ipso iure esset liberatus. Multoque minus adversus liberatum conveniret dici, quod idem ait, debitorem sic ibi ubi nunc agitur, absolvi debere, ut nihilominus pecuniam loco constituto solvere debeat, ac de ea ibi solvenda cavere. Solutio non exigitur ab eo, qui nihil debet. Denique hoc constat, adversus eum, qui ita deposuit, ut dixi, nullam creditori superesse actionem. *d. L. acceptam, C. de usur.*

3 † Tertia et postrema caussa est, *si dicatur*, inquit, *pecunia ibi*, ubi promissa est, *ex facili solvenda*, seu solvi posse. Finge debitorem hoc dicere, habere se institorem in loco constituto, qui statim solvere possit vel institori creditoris, qui eodem loco degat, vel aliis mercatoribus, quibus creditor velit: se autem per equos cursorios, quorum copiam habeat, posse primo quoque tempore institorem suum admonere, ut solvat. Hæc quoque honesta defensio est. Nam eodem auctore Ulpiano, non magnum damnum est in mora modici temporis. *L. si debitori, supr. de iud.* † Sed
4 ex his caussis non simpliciter reus absolvendus est, cum alio loco agitur: verum hæc conditio est, quam Ulpianus adiicit, si debitor prius cautionem exponat de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est, idest, ubi ex promissione dari debuit. Cautio stipulatio est, qua stipulanti creditori de ea re repromittatur, et caveatur a debitore. *L. sancimus, C. de ver. sig.* Sed cum debitor ad eam rem vetere stipulatione teneatur, quid opus est nova? Quia absolutione iudicii futurum est, ut veteris istius stipulationis actio, quæ in iudicium deducta est, tollatur, exceptione rei iudicatæ debitori parta. Cui exceptioni locus futurus est, ubicunque reus posteà de eadem re convenietur sive hic, ubi nunc agitur, sive loco constituto. *L. 3. 4. 5. infr. de exc. rei iud.* Quod cum iniquum sit, debitorem ita in totum liberari, neque nunc ab Ulpiano id agatur: sic placet reum tunc simpliciter absolvi, ut nihilominus pecunia loco constituto solvi debeat, et peti possit. Quod non aliter fit, quam nova cautione interposita, quæ cum in iudicium deducta non sit, nec eo iudicio tolli potest. Quid, si debitor absolutus etiam post hanc cautionem loco constituto non solvet? non modo loco constituto agi poterit; sed etiam in eo, ubi prius agebatur. Nam et posteriore stipulatione promissum est, certo loco dari: quæ adiectio et alio loco agenti arbitrariam actionem inducit. *L. unic. C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promis.* Quod si reus alibi conventus ex suprascriptis caussis iterum absolvi velit: non dubito, quin ex duabus prioribus postea incidentibus absolvi debeat: in quibus eadem ratio est absolutionis, quæ prius fuit, et quæ indicant per reum non stetisse, quominus uti promiserat, pecuniam suo loco solveret. In tertia si fidem non servavit, quia ea celeritate usus non est, qua se usurum promiserat, putem idem iterum allegantem non esse audiendum. Dignum enim esse, cui nunc idem affirmanti non credatur, qui in eo prius fefellit: indignum esse beneficio cautionis, qui adversus eam cautionem prius commisit. Arg. in *L. auxilium, in fin. supr. de min.*

In summa æquitatem. † Quod ait, *iudicem debere habere æquitatem ante oculos*, 5
et nominatem eum iudicem, *qui huic actioni addictus est*: non otiose additum est, de actione, ut Accursius sensit: qui, *huic actioni*, sic interpretatur: ut sit, vel huic actioni, vel alii, ut pariter in omnibus æquitatem sequi oporteat; Sed consulto additum, discretionis caussa: quia natura actionis id admittit; quod non item fit in strictis iudiciis. Alioqui sane male distinguerentur iudicia stricta a bonæ fidei iudiciis, et arbitrariis, idque in eo, quod in his posterioribus eorum ratio haberetur, quæ alterum alteri ex bono et æquo præstare oporteret. Quam tamen distinctionem iuris certi esse constat. *§. actionum autem, §. in bonæ, §. præterea, Inst. de act. L. 3. §. in his, infr. de usur.* Nam quod dicitur, in omnibus rebus potiorem esse debere æquitatis, quam stricti iuris rationem, *L. placuit, C. de iud.* apparet ad eas species pertinere, in quibus strictum ius pugnat cum æquitate: quod fit, cum subtilitate verborum quid præstandum est, quod præstari non est æquum. Id ubi accidit, verissime dicitur, semper potius spectandam esse æquitatem, et hanc iudici sequendam: ut sit sententia, si quid ex verbis præstandum est, nunquam tamen exigi posse, si sit iniquum. Non enim potest exigi, ne in stipulatione quidem, quæ maxime est actio stricti iuris *L. alias, supr.*

de

de in lit. iur. Unde quibus de caussis æquum non est præstari, quod verbis stipulationis promissum est, ex his sic infirmatur stipulatio, ut petitio quæ hinc summo iure consistit, doli mali exceptione summoveatur. *L. si quis cum*, *infr. de verb. obl. L. dolo*, *C. de inut. stip.* Nec aliam sententiam habet, quod dicitur in *L. bonam*, *C. de obl. et act.* bonam fidem in contactibus considerari æquum esse. Nempe hactenus in omnibus ex æquo consideranda, ne ex his de quibus convenit, quidquam exigatur contra æquitatem et bonam fidem. At non si quid præter conventionem æquum videatur, id omnibus in iudiciis præstandum est. Certe in iudicium ex stipulatu non venit, nisi et de eo nominatim convenerit. *L. quia*, *supr. de neg. gest.* §. *ult. Inst. de oblig. ex cons.* Solum hoc in bonæ fidei iudiciis et arbitrariis receptum est. *d.* §. *in bonæ*, *et* §. *præterea*, *Inst. de act.* Quam ob caussam præcipua quadam ratione et horum iudiciorum propria recte dicitur, in his iudicem semper ante oculos æquitatem habere debere: quia scilicet prolixius, et in utramque partem habere debet, non solum ut si quid iniquum sit præstari, id non præstetur; sed etiam si quid æquum sit concedi, id præstetur. Est autem hæc actio arbitraria.

Ad L. Si Heres 6.

Paulus lib. 28. ad Edictum.

Si heres a testatore iussus sit certo loco quid dare: arbitraria actio competit.

Ad L. Aut mutua 7.

Pomponius lib. 22. ad Sabinum.

Aut mutua pecunia sic data fuerit, ut certo loco reddatur.

SUMMARIA

1. *Arbitrariam actionem de eo quod certo loco solvi debet, propositam edicto ex stipulatione; sed nihilominus competere recta ex omni alia caussa, tam contractu, quam testamento: et cur.*
2. *Non competit de pecunia constituta, quam quis certo loco se soluturum constituit, nisi utilis, et cur.*
3. *Arbitraria agi in aliis quoque caussis, quid valeat.*

Ex stipulatione, qua quid certo loco dari promissum est, si alio loco petatur, et actionem esse, et arbitrariam competere, supra dictum est: nec ad aliam caussam collata est tota disputatio superior de arbitraria actione, quam ad stipulationem, *L.* 1. *L.* 2. §. 1. et deinceps tota *supr. eod.* ut possit quis existimare proprium hoc
1 ius esse stipulationis. † Ne ergo id nos fallat, hic declaratur et ex aliis caussis omnibus eandem actionem competere, quibus quid ut certo loco detur, cautum est: modo ut sint similes, id est, et iure civili actionem itidem pariant, et sine adiectione loci sint stricti iuris: puta siquid tale testamento, aut ex mutuo cautum sit: ut si heres a testatore iussus sit certo loco quid dare: aut mutua pecunia sic data, ut certo loco reddatur: quæ sunt huius loci exempla. Quæri potest, quid fuerit opus hac cautione. Nam si edictum conceptum est de eo, quod certo loco dari debuit: non potuit esse dubium, quin ad omnes huius generis obligationes pertineret, nec proprium esset stipulationis: ut proinde de eo diligentius monere supervacuum et ineptum fuerit. Et res ita habet. Unde adducor, ut putem, edictum non ita generaliter conceptum fuisse; sed nominatim de eo, quod quis certo loco se daturum promiserit: ut verbis conferretur ad stipulationem dumtaxat, non etiam ad cæteras caussas. Multaque concurrunt ad coniecturam. Ipsa quidem declaratio huius loci non admodum obscure: quippe quæ in generalibus illis verbis edicti nullam iustam quæstionem habere potuit.

tuit. Sed et illa non minus. Primum *L.* 1. *supr.* in qua Caius generaliter tractans, an actio alio loco agenti dari debuerit, et quæ detur, et in summa quæstionem ad edictum, quod de ea actione erat, accommodans, eiusque edicti rationem reddens, totam quæstionem ad stipulationem retulit, et in ea actionem utilem alio loco comparatam esse respondit. Tum Tit. *C. ubi conven. qui cer. loc.* qui cum aperte proponat summam eius iuris, quod de hac parte propositum est; sic tamen inscriptio est: *ubi conveniatur, qui certo loco dari promisit*; non autem, qui certo loco dare debuit. Cur, cum non minus et hoc commode dici potuerit, eoque et debuerit, siquidem iisdem verbis edictum conceptum esset? an non quia illa inscriptio ex edicto erat, cuius verbis in hoc iure proponendo uti conveniebat? In primis vero quod scriptum est in *L. si duo*, §. 1. *infr. de pec. const.* si quis constituerit se certo loco soluturum, ait Ulpianus, id et alio loco *exemplo arbitrariæ actionis peti posse.* Non est arbitraria, idest, non verbis edicti proposita, quæ huius exemplo competit. Illa enim dicitur competere exemplo alterius, quæ est utilis, nec competit ex verbis edicti, quo illa altera proposita est. *L. pen. in pr. infr. de inst. L Iulianus*, §. *si procurator, infr. de act. empt. L. cum res, C. si al. res. pig. dat. sit.* Verba igitur edicti de hac specie non fuerunt de eo, quod certo loco dari debuit. Alioqui quod et certo loco constitutum esset, verbis contineretur, nec diceretur alibi peti posse exemplo arbitrariæ actionis; sed ipsa illa arbitraria actione, qualis proposita est edicto. Cur ergo cum de stipulatione esset edictum, acceptum est etiam de cæteris caussis similibus, ex quibus quid certo loco debuit dari? quia facile intellectum est, quod dictum est de stipulatione, non similium actionum excludendarum caussa dictum esse; sed partim commoditatis caussa, dum brevitati studetur, partim ut aliæ actiones, quæ stricti iuris sunt, magis includerentur. Ex omnibus enim contractibus qui sunt stricti iudicii, maxime huius generis est stipulatio, in quam nihil amplius venit, quam quod in stipulatum deductum est. *L. quia, supr. de neg. gest.* Benignior est, et latior actio ex testamento. *L. in minorum, C. in quib. cau. in inte. rest. nec. non est. L. in testamentis, infr. de reg. iur.* In mutuo quoque extra apertam conventionem quædam ex natura negotii præstantur. *L.* 3. *supr. si cer. pet.* ut quamvis et hæ actiones sint stricti iuris; *L. alias, supr. de in lit. iur.* tamen ex omnibus minus tribuatur stipulationi. Ex quo facile fuit ita colligere: si de eo quod certo loco stipulanti promissum est, actio est, qua alio loco de ea re agere liceat, eaque arbitraria, ne iniuria fiat promissori: cum tamen in stipulatione, natura iudicii, minime ex omnibus concedi debere videretur: quanto magis in eo quod ex legati, aut mutui caussa certo loco dari debet, quarum caussarum natura plus admittit, idem tribui sententia prætoris intelligendum est? Hinc factum, ut ex cæteris actionibus stricti iuris placeat, non minus esse arbitrariam et quidem ex verbis, quasi quod de stipulatione dicitur, exempli caussa dictum sit, quo et similes species nihilominus significarentur: ut fit in rebus eiusdem generis, quarum de una aliqua quid definitur, et definitio ratione omnium communi continetur. *L.* 1. §. *quod vulgo, infr. unde vi.* Et tamen quia ex verbis nonnulla esse potuit dubitatio, ideo recte fit, si et de eo constituatur: quod hic factum est. † Cur non igitur et 2
in constituto idem placuit, ut et in eo ageretur alio loco arbitraria actione, non exemplo arbitrariæ actionis? Quia veriti sunt veteres, quod de stipulatione dictum erat, longius proferre, quam ad caussas stipulationi similes, idest, et quæ stricti iudicii essent, et ex quibus similiter iure civili esset actio: quale est legatum et mutuum, de quibus hic agitur. Quod non item pertinet ad pecuniam constitutam: de qua constituta est actio iure prætorio, non ut ex stipulatione iure civili. §. *de constituta, Inst. de act.* Sed quod verbis deesse videri poterat, id supplerunt ex sententia, produxeruntque edictum de arbitraria etiam ad constituta. Unde dictum *exemplo arbitrariæ actionis* hic agi. † Ex aliis quoque caus- 3
sis arbitraria actio competere cum hic dicitur, duo dicuntur: nempe de eo quod in his certo loco dari debet, etiam alio loco agi posse: et cum alio loco agetur, in æstimationem venire, quod actoris et rei intersit, suo loco potius, quam in eo, in quo petitur, solvi. Hæc enim potestas est in specie proposita arbitrariæ actionis. *L.* 1. *supr. L. unic. C. ubi conven. qui cer. loc.*

Ad L.

Ad L. In bonæ. 8.

Paulus lib. 28. ad Edictum.

In bonæ fidei iudiciis: etiam si in contrahendo convenit, ut certo loco quid præstetur, ex empto, vel vendito, vel depositi actio competit, non arbitraria. (actio) Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit, hac actione utendum erit.

SUMMARIUM.

1. *Arbitraria actio locum non habet in bonæ fidei contractibus, etiam de eo quod certo loco ex his contractibus dari debuit, et cur, quamque vim habeat.*

1 IN emptione et venditione contrahenda si convenerit, ut vel emptor pretium solveret Ephesi, vel venditor mercem Ephesi traderet: si in deposito res deposita sit ea lege, ut redderetur Ephesi: et generaliter si in bonæ fidei contractu in negotio gerendo convenerit, ut quid certo loco præstaretur: hic traditur, de eo agi posse actione bonæ fidei eius contractus propria, non etiam arbitraria. Id non sic debet accipi; quasi de eo, quod ex bonæ fidei contractu certo loco dari debet, non possit agi alio loco, et ita agi, ut æstimetur, quanti actoris et rei intersit suo loco potius solvi. Nam si hæc ex cæteris caussis quamvis stricti iuris fieri possunt, et debent ideo, quia æquum est: ut declaratur in *L.* 1. *et L. quod si*, §. *ult. supr.* multo magis in bonæ fidei iudiciis recipienda sunt, in quibus præcipue, quæ ex æquo et bono fieri oportet, æstimatur. §. *in bonæ*, *Inst. de act.* Et vero in proposito recepta esse idem auctor Ulpianus indicat in *L.* 5. *in pr. infr. commod.* Sed hoc significatur, cum ex contractibus alio loco agetur, et æstimari volemus id quod interest, creditorem quidem utrumque consequi posse, sed bonæ fidei actione propria eius contractus, de quo agitur: non autem arbitraria: quia ubi bonæ fidei iudicium sit, frustra arbitraria desideretur ad ea consequenda, quæ fieri et præstari æquum est. Sed si hoc ita est, ad rem ipsam et effectum inter arbitrariam et bonæ fidei actionem in proposito nihil interet. Quid ergo interest tantum, ut necesse sit in eo laborare, utra detur? Nomen actionis et formula olim interfuit. Constabant enim iudicia quæque suis formulis. *L.* 2. §. *his legibus*, *vers. deinde ex his*, *supr. de ori. iur.* sicque in hac re superiora distinguebatur. Nam bonæ fidei iudicium ex emptione ita reddebat prætor. *Si paret*, *Lucium Titium Sempronio fundum Tusculanum tot aureis vendidisse*: *Aquilius ex bona fide alterum alteri condemnato.* Eaque adiectio: *ex bona fide*, satis erat utrique ad facultatem alio loco petendi, quod ut certo loco præstaretur, convenerat. Satis idem iudici, ut quod utriusque interesset suo loco solvi id æstimaret. De quo genere multa diligenter conquisita, et erudite scripta sunt a Duareno in *Commentario*, *De in litem iurando*, *ad L.* 5. in illis verbis, ET IN BONÆ FIDEI IUDICIIS. At ex aliis caussis, ex quibus quid certo loco dandum fuit, sic fere redderet prætor arbitrariam actionem. *Si paret*, *Lucium Titium Mævio centum Ephesi promisisse*: *Aquili*, *in tantam pecuniam condemnato*: *nisi quia suo loco non solvitur*, *arbitrabere*, *reum pluris minorisve condemnandum.* His verbis committebatur æstimatio rei arbitrio iudicis: unde arbitrariæ nomen. *L.* 3. *sup.* L. *centum*, *seq.* Superiorem definitionem de bonæ fidei iudiciis sic accipi vult Ulpianus: nisi quis ex bonæ fidei contractu non convenerit tantum, ut certo loco quid traderet, sed etiam *traditurum se sit stipulatus.* Tum enim arbitraria actione utendum esse. Merito: nempe ut ex stipulatione, ex qua hanc actionem alio loco agenti proditam esse proximis capitibus diximus. Ubi, *stipulatus*, cum dictum sit de reo, non nisi passive accipi potest, pro, *interrogatus*: ut sit, si traditurum se quis interrogatus promiserit. Recte, et ex usu Latini sermonis: quia stipulari verbum commune est, ut Priscianus docet *Lib.* 5. quod et ab aliis nostra ætate compluribus aliis in locis iuris recte est observatum.

Ad L.

Ad L. Centum Capuæ. 9.

Africanus libro tertio Quæstionum.

Centum Capuæ dari stipulatus, fideiussorem accepisti. Ea pecunia ab eo similiter, ut ab ipso promissore, peti debebit: idest, ut si alibi quam Capuæ petatur, arbitraria agi debeat: Iisque tanti æstimetur, quanti eius vel actoris interfuit eam summam Capuæ potius, quam alibi solvi. Nec oportebit quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuæ solverentur obligationem fideiussoris augeri. Neque enim hæc caussa recte comparabitur obligationi usurarum. Ibi enim duæ stipulationes sunt; hic autem una pecuniæ creditæ (est): circa cuius executionem æstimationis ratio arbitrio iudicis committitur. Eiusque differentiæ manifestissimum argumentum esse puto, quod si post moram factam pars pecuniæ soluta sit, et reliquum petatur: officium iudicis tale esse debeat, ut æstimet quanti actoris intersit, eam dumtaxat summam, quæ petetur, Capuæ solutam esse.

SUMMARIA

1. *Difficultas responsi.*
2. *Facti species.*
3. *Quæsita tria, de quibus responsum Africani, et inibi singulæ eius partes ordine simpliciter et perspicue explicantur.*
4. *Cum fideiussore et alio loco agi potest, et non nisi arbitraria.*
5. *Fideiussor loco constituto aut alibi prius conveniri non potest, quam promissor in locum constitutum pervenire potuerit.*
6. *Sed nec prius quam et ipse eodem pervenire potuerit: et* L. si testamento, §. ult. D. de fid. *exposita.*
7. *Utilitatem actoris alibi agentis etiam adversus fideiussorem æstimari, si fideiussor moram fecerit, quamvis solus, non item reus; sed non aliter: nec pugnare hoc cum natura fideiussoriæ obligationis.*
8. *Fideiussori in omnibus et dandi et faciendi obligationibus mora sua solius nocet.*
9. *Fideiussorem in maiorem quantitatem teneri posse, quam in quam se obligavit, ex mora sua: in his caussis in quibus moræ damna præstantur, ut bonæ fidei iudiciis, aut arbitrariis.*
10. *Fideiussorem ab initio in duriorem caussam obligari non posse; eventu, posse facto et mora sua in duriorem caussam teneri.*
11. *Moram rei fideiussori nocere ad perpetuandam obligationem, non ad augendam.*
12. L. quæro, D. loc. *quam non temere videatur adversari huic loco.*
13. *Fideiussorem ex mora rei non teneri ne in accessionem quidem, in quam ab initio se non obligavit, et num.* 22.
14. *Augeri fideiussoris obligationem mora rei, si ob moram rei cogatur præstare, quod actoris interest suo loco solvi, quod sine mora rei non præstaret.*
15. *Augere obligationem fideiussoris quæ præstationes intelligantur, et hoc apud Africanum quid sit.*
16. *Officio iudicis quæ præstantur, et deberi et in obligatione esse generaliter dici posse, et solere.*
17. *Officio iudicis quæ præstantur, ideo non esse in obligatione, quia non sunt principaliter: deberi tamen et iure postulari posse.*
18. *Arbitrio iudicis quæ permittuntur, pleraque et necessitati iuris subiici, non omnia: et hæc quæ sint.*
19. *Usurarum et eius quod actoris interest propter locum, accessiones esse eiusdem generis, ut una non magis debeatur a fideiussore, quam altera ex mora rei.*
20. *In* L. quæro, D. loc. *fideiussor se obligat in accessiones ex mora rei officio iudicis præstandas, quæ aliter ab eo non debentur: in hac* L. centum, *se non obligat.*
21. L. quæro, D. locat. *exposita.*
22. *In caussam omnem se obligare, quid.*
23. *Usuræ ex mora rei præstandæ incipiunt esse in obligatione fideiussoris, si se in eas obligavit, sive nominatim, sive generaliter.*
24. *Non augetur obligatio fideiussoris ex mora aut facto rei, cum ob moram eius præstat usuras, si in eas quoque ab initio se obligavit.*
25. In omnem caussam conductionis, seu stipulationis, *quid sit.*
26. *Fideiussor in specie* L. centum, *non obligavit se in id quod interest ex mora rei; et unde id intelligatur.*
27. L. quæro, locat. *et* L. centum, hic, *dissimilitudo summatim exposita.*
28. *In id quod actoris propter locum interest si fideiussor ex mora rei nominatim se obliget, fore, ut id debeat, et in id obligetur ex stipulatione.* Non

1 NON abs re hoc responsum omnibus ætatibus obscurum est habitum: est enim re vera, ut et alia nonnulla Africani. Difficultas cum ex verbis, tum ex rebus. Ex verbis: quia est in his summa et præcisa quædam brevitas, quæ facit, ut sententia nisi a peritissimis earundem rerum intelligi non possit. Ex rebus: quia sententiæ, quæ hoc responso statuuntur, ab aliis locis, ut videntur, contrariis laborant. Sententiam responsi prius simplicem proponemus. Deinde quam recte ex ratione reliqui iuris singula dicantur, expendemus. Sententia igitur hæc est: † facti

2 speciem initio sic proponit. Creditor centum Capuæ sibi dari a debitore stipulatus est. Stipulatus fideiussorem accepit. Hoc ille simpliciter de fideiussione. Quod aliter accipere non possumus, quam ut fideiussio ad præcedentem stipulationem referatur, intelligamusque creditorem fideiussorem accepisse eius stipulationis et obligationis nomine, quæ præcessit. Quia ergo dixit, creditorem nihil amplius stipulatum, quam centum sibi Capuæ dari: fideiussorem sic datum accipiemus, ut vel eadem centum Capuæ dari, fide sua esse iuberet, vel promitteret indefinite quod reum dare facere

3 oportet Capuæ, seu quod reus deberet. † Hic de fideiussore tria quæsita sunt: Primum, an ex hac caussa alio loco conveniri possit, quam Capuæ. Secundum, si potest: an ita conveniendus sit, ut sit arbitraria actio, qua æstimetur, quod eius interest, Capuæ potius solvere, quam alibi. Tertium, an in hac actione actoris quoque ratio haberi debeat, ut sic fideiussor damnetur et in sortem, in quam se aperte obligavit, et præterea in id, quod actoris interesse constiterit, pecuniam Capuæ solvi: de quo in obligatione fideiussoria nihil aperte verbis comprehensum est. Africanus respondens principio id ponit, quod omnia complectitur: deinde, ut obscurius, explicat ita, ut de singulis aperte respondeat. *Ea pecunia*, inquit, *a fideiussore similiter, ut ab ipso promissore peti debebit.* Hoc, ut dixi continet omnia, de quibus supra quæsitum est. Quomodo enim peteretur ab ipso promissore? Nempe hoc modo, ut liceret stipulatori ab eo petere etiam alibi quam Capuæ. Sic tamen alibi, ut ibi arbitraria agi deberet. §. *loco*, *Inst. de act.* Ea autem in loci constituti ut litate æstimanda utriusque utilitatem contineret tam actoris, quam rei. *L.* 2. *in pr. et* §. *ult. supr.* Verum actoris ita, si reus cum quo agitur, moram fecisset, non si alius. *d. L.* 2. §. *ult. supr.* Hæc ergo eadem in fideiussoris persona servanda esse superior definitio indicat. Quod et ipsum intelligi vult Africanus. Sed ut in definitione generaliore, an hoc sentiret, dubitari potuit, et præterea explicatione indigebat; ideo interpretatur: et in singulis, de quibus quæri dixi, congruere similitudinem ostendit. Ait ergo: *idest, pecunia ita peti debebit, ut si alibi quam Capuæ petatur*, (quo satis declarat etiam alibi a fideiussore peti posse) *arbitraria agi debeat*; *lisque tanti æstimetur, quanti eius, vel actoris interfuerit eam summam Capuæ potius, quam alibi solvi.* Ita de singulis tribus propositis explicate respondet, nimirum et fideiussorem in proposito alibi de pecunia debita conveniri posse: et si alibi conveniatur, esse arbitrariam: quæ utilitatem contineat, fideiussoris quidem certo, ut eius cum quo agitur, cuius in hac actione propria caussa est: *d.* §. *loco*, *Inst. de act.* sed non minus et actoris: quia arbitraria utriusque utilitatem, ut dixi, continet, tam actoris quam rei. Et quod ait Africanus æstimari, quod interfuit fideiussoris, vel actoris disiunctim: eo dicit, ut significet, utercunque erit, cuius intersit, huius rationem haberi: et ideo modo huius, modo illius, prout scilicet huius, aut illius solum intererit. Cæterum si intersit utriusque, etiam coniunctim utriusque ratio habebitur. *d. L.* 2. *in pr. supr.* Sed quod dixit de utilitate actoris adversus fideiussorem æstimanda, nondum in eo similitudo promissoris proposita, absoluta erat: neque enim hanc utilitatem præstaret promissor ipse, si per eum mora non fuisset, quominus Capuæ solveret. Ergone adversus fideiussorem eam utilitatem indistincte æstimandam dicemus, etiam si ipse moram non fecerit? Non conveniebat superiori definitioni, neque par erat. Et ideo ut intelligeremus in fideiussore per omnia convenire exemplum promissoris, quod proposuit: idipsum quod de utilitate actoris æstimanda generaliter dixerat, interpretatur statim, et temperat hac conditione: si modo et per fideiussorem mora fuerit, quominus pecunia Capuæ solveretur. Quod si non fuerit: negat adversus eum omni modo æstimandam. Atque hoc illud temperamentum est, quod subiicit in his verbis, NEC OPORTEBIT. Ait igitur, *nec oportebit*: quasi diceret; nec tamen oportebit, *quod forte per reum steterit, quominus tota centum Capuæ solverentur*

tur, obligationem fideiussoris augeri. Quod forte per reum steterit: idest, quod forte reus principalis solus in summa Capuæ solvenda moram fecerit, non autem fideiussor. Nam si et fideiussor moram fecisset, ex ipsius mora augeretur eius obligatio, non ex mora alterius. Moram autem per reum factam dicit, quod tota centum soluta non sint: quia ad rectam oblationem et evitandam pœnam seu moram, nihil prodest particulatim offerre. *L. obsignatione*, *C. de solut. L. tutor*, *§. Lucius*, *infr. de usur.* Ergo hoc dicit: nec oportebit, quod forte reus principalis moram fecerit, quominus Capuæ solveret, ideo fideiussoris obligationem augeri. Sensus est: quod dixi litem æstimandam adversus fideiussorem, quanti actoris interfuit, plane sic erit accipiendum: si et ipse moram fecerit. Quod si non fecit: nec si reus ipse in mora fuerit, ideo augebitur obligatio fideiussoris, idest, ideo actoris utilitas adversus fideiussorem æstimabitur. Non enim potest hoc casu ea utilitas æstimari ultra sortem, quin hactenus ex mora rei augeatur fideiussoris obligatio: hic enim ex fideiussione in sortem tantum fuit obligatus. Porro ex mora rei augeri fideiussoris obligationem non oportet. Posuit antecedens, ut ex eo consequens intelligeretur. Nam si fideiussoris obligatio ex mora rei augeri non debet: sequitur, ut utilitas actoris ex mora rei præstanda non sit a fideiussore: propterea quod isto modo huius obligatio ex illius mora augeretur. Nam quod quidam adversus aliorum sententiam Petrum secuti, disserere hoc loco cœperunt, cum fideiussor præstat, quod actoris interest, eius obligationem non augeri, cum tamen fateantur, fideiussorem in eam accessionem obligatum non fuisse, verum non est. Quidquid fideiussor per caussam fideiussionis supra obligationem præstare cogitur, in eo eius obligationem augeri recte dixeris. Non augetur obligatio nova obligatione, fateor: cum illud quod interest, non ex obligatione sit, sed ex officio iudicis; at augetur nova præstatione. Quocunque modo augeatur, ad hunc locum nihil refert: cum hoc solum quæramus, an augeatur.

Sed hanc esse Africani sententiam hoc loco, paulo post cum ad solutionem locorum dissidentium ventum erit, plenius et certius intelligetur. Nunc hanc esse teneamus, fideiussorem in proposito alibi, quam Capuæ conventum arbitraria actione, non oportere damnari præter sortem in id quod actoris intersit, Capuæ potius quam alibi solvi, ob id tantum, quod forte per reum steterit, quominus centum Capuæ solveret: quia hoc modo futurum sit, ut ex mora rei augeatur obligatio fideiussoris, quod admitti non oportet. Hoc loco occurrebatur Africano, quam obiectionem tacitam diluit in illis verbis, NEC ENIM. Obiectio est huiusmodi. Cum reus tenetur in sortem, et usuras hac conditione promissas, si sortem non solvisset: si eius stipulationis nomine fideiussor datus sit: constat, sorte non soluta et mora a reo facta, fideiussorem etiam in usuras sortis ex mora rei teneri; quamvis constet, usuras sortis accessionem esse. *L. eos*, *in pr. C. de usur.* Ut in specie *L. lecta. supr. si cer. pet.* reus promiserat se sortem Calendis soluturum, et nisi solvisset, usuras. Si in eam obligationem fideiussor accessisset: nemo dubitat, quin sorte a reo sua die non soluta, idest, mora a reo facta, ut reus, sic et fideiussor in usuras quoque teneretur. *L. fideiussor*, *C. de fid.* At qui promisit centum Capuæ, de quo promissore hic agitur, is duas itidem ad res tenetur, in sortem, et præterea in id quod actoris interest, eam summam Capuæ solvi, si alibi quam Capuæ agatur. Quare si fideiussor eius obligationis nomine acceptus sit, ut hic acceptum proponimus: mora a reo facta, etiam in illud ipsum quod actoris ex mora rei interest, fideiussor tenebitur. Occupat Africanus, et confirmat recte se prius statuisse, cum dixit non oportere fideiussoris obligationem præstatione eius quod actoris interest, ex mora rei augeri: nec nos exemplo usurarum in contrariam sententiam moveri debere. *Neque enim*, inquit, *hæc caussa recte comparabitur obligationi usurarum.* Caussam vocat usitato Latinorum ac præsertim nostrorum more, negotii et facti speciem, quæ implicitam in se habet de re aliqua quæstionem: ut in *L. 3. infr. de iur. et fac. ignor.* ut in illo Alfeni, *in caussa ius esse positum*: L. si ex plagis, *§. in clivo*, *sup. ad leg. Aq.* quo significatur, ut est facti species, quæ proponetur, ita ius esse, quod de eo respondeamus: quia hoc pro circumstantiis rerum, personarum, et similibus varietur, ut eleganter declaratur in exemplo apud Alfenum proposito. Ergo hæc caussa, idest, hæc negotii et facti species, in qua centum Capuæ dari promissa sunt, et dum alio loco hæc summa petitur, de accessione eius quod actoris propter locum interest, amplius quæritur, non recte comparabitur obligationi usurarum. Quasi de superiore argumentatione responderet ad hunc modum:

dum: admittere se quæ sumpta sunt; negare collectionem: idest, admittere se, quemadmodum promissor tenetur in sortem, et usuras ex mora sua: ita teneri eum et in sortem, quam se Capuæ daturum promisit; et amplius ex mora sua in id quod actoris interest, pecuniam Capuæ solvi; sed non ideo consequens esse, fideiussorem qui se in utramque obligationem obstrinxit, pariter in id quod propter locum actoris interest, et in usuras a reo promissas ex mora rei obligari. Quoniam hoc *teneri* ambiguum sit; et reus aliter atque aliter in has accessiones ex mora sua teneatur. Unde evenire necesse sit, ut et fideiussor de usuris ex mora rei recte obligetur, de altera autem specie accessionis nec obligetur, nec ullo modo ex mora rei teneri debeat. Id explicat: *ibi enim*, inquit, *duæ stipulationes sunt*: *hic autem una pecuniæ creditæ*. Ibi, idest, in obligatione usurarum promissarum duæ sunt stipulationes, nempe una sortis, quam obligationem principalem præcedere oportet, quo usurarum accessio consistat; *d. L. eos, in pr. C. de usur. L. cum principalis*, *infr. de reg. iur.* altera usurarum, sine qua in strictis iudiciis usuræ non deberentur. *L.* 3. *C. de usur.* Hic autem, nempe cum centum Capuæ promissa sunt, et alibi agente stipulatore præter sortem id quod interest actoris propter locum petitur: hic inquam, una est stipulatio tantum, et ea pecuniæ creditæ, quam creditor Capuæ sibi dari stipulatus est, ut initio capitis proposuit; eius quod amplius actoris interest, nulla nec stipulatio, nec obligatio: quod confirmatur aperte, in L. *ult. infr. eod.* Addit: *circa cuius exsecutionem æstimationis ratio arbitrio iudicis committitur*. Dictum et hoc tacitæ obiectionis occupandæ caussa. Diceret enim aliquis, quomodo istius quod actoris interest, nulla est obligatio: cum constet eius rationem haberi in actione arbitraria, et reum in id quoque, ac non in sortem tantum condemnari? *L.* 2. *in pr. et* §. *ult. supr. eod.* hæc vero contraria videri. Significat ergo hac adiectione, recte dici in proposito unam obligationem esse pecuniæ creditæ: non obstare, quod ultra summam promissam accedat etiam præstatio eius, quod actoris propter locum interest, in quam et reus damnetur. Id enim eo fieri, non quia istud quod hic actoris interest, debeatur a reo, sitque in obligatione; sed quia officio iudicis præstetur, ut et alia pleraque: quæ cum negentur in obligatione esse, tamen ex officio iudicis venire et præstari dicantur, veluti usuræ in bonæ fidei iudiciis. *L. qui per collusionem*, §. *ult. infr. de act. em. L. quæro*, *infr. loc.* Officium autem iudicis in caussa ex eo; *quod*, inquit Africanus, *æstimationis ratio arbitrio iudicis committitur*: nimirum iudice ad arbitrariam actionem dato, cuius hæc significatio est, ut res in arbitrium iudicis referatur. L. 3. *supr. eod.* Committitur autem, inquit, huius æstimationis ratio circa exsecutionem stipulationis pecuniæ creditæ: idest, circa actionem arbitrariam: qua de hac pecunia promissa ex stipulatione alibi agitur. Sic iuris auctores non raro exsecutionem stipulationis et obligationis vocant actionem: ut in *L. si minor*, *L. in exsecutione*, *in pr. infr. de ver. obl.* et recte: Nam omnis stipulationis et obligationis exsecutio est in actione et persecutione iuris nostri: qua fit scilicet, ut obligatio tandem iudicio, et rebus iudicatis ad finem et exitum suum, idest, ad præstationem constitutam perducatur. In summa hoc respondet Africanus, dissimiles esse præstationes harum accessionum: quod usuræ promissæ debeantur a promissore; id autem quod actoris interest propter locum non debeatur, nec sit in obligatione, sed tantum officio iudicis accedat. Sed quid hoc ad istarum rerum præstationes in persona fideiussoris distinguendas, efficiendumque, ne fideiussor in hoc ipsum quod actoris interest, ex mora rei condemnetur? Quid enim prohibet, quominus dicamus fideiussorem non quidem ex obligatione, attamen officio iudicis in eam accessionem ex mora rei condemnari? quod si obtinemus, satis est. Hoc enim tantum quærebatur, an hoc ipsum ex mora rei æstimandum esset adversus fideiussorem, idque actione arbitraria: ac proinde arbitrio iudicis, non autem ex obligatione. Et non esse æstimandum diximus, ne officio quidem iudicis: ne fideiussoris obligatio ex mora rei augeatur. Quod et verum est: et vero ex iis, quæ de obligatione promissoris in his rebus esse dixit, optime efficitur. Nunquam enim fideiussor extra moram suam in aliud obligatur, quam in id, in quod se obligavit. L. *cum te*, *C. ne ux. pro marit.* L. 1. *C. ne fil. pro patr.* L. *fideiussores*. 68. §. 1. *infr. de fideiuss.* Ad quid autem se obligarit, cum obligationem promissoris suscepit, seu cum se eius obligationis nomine obstrinxit, perspicuum est ex obligatione promissoris pendere. Tantum enim suscepit fideiussor, quantum ille ex ea caussa debuit: et quod ille non

non debuit, ne fideiussor quidem in id se obstringit. Quapropter si debuit promissor sortem et usuras ex mora, ut debuit, cum sortis et usurarum duæ sunt stipulationes: debebit eadem conditione et fideiussor, qui fide sua esse iussit totam caussam stipulationis, seu quod reus debebat: nec periculum erit, ne cum hic præstabit usuras ex mora rei, videatur eius obligatio augeri, cum hæc eius obligatio ab initio fuerit. Contra vero si reus sortem solam debuit, non id quod actoris interest, quamvis post moram suam: ne id quidem debere potest fideiussor ex mora rei: quia non aliud fide sua esse iussit, quam quod reus vel promiserat, vel debebat. Qui sit igitur, ut fideiussor teneatur in id quod interest actoris, ubi ipse moram fecit, ut initio respondet Africanus: cum non magis in eam quantitatem nominatim se obligarit, quam cum moram non fecit? Moræ eius hæc pœna est: quam æquum est præstari, ne mora eius creditori noceat contra rationem iuris. L. *in condemnatione*, §. *unicuique infr. de reg. iur.* de quo pluribus postea. Sed non explicabatur res hoc responso, nisi etiam constaret verum esse, quod dicit: cum centum Capuæ promissa sunt, in stipulatione et obligatione solum esse centum promissa, non item quod actoris interest, tantumque id officio iudicis accedere. At etiam nunc de eo dubitari poterat. Ideo et id confirmat ad extremum illic: eiusque differentiæ Argumentum hoc est. Nam si reus moram fecerit, quominus centum Capuæ solveret, etsi iam tum incipit non in sortem tantum teneri, sed etiam in id quod actoris interest, Capuæ solvi: tamen si postea partem sortis solvat, eius quod actoris interest petitio pro ea parte exstinguitur. Hoc vero recte dicit evidentissimum argumentum esse, istud quod interest, prius in stipulatione et obligatione non fuisse. Nam si fuisset, quamvis sorte tota soluta, nihilominus eius petitio superesset: sicut accidit in sorte usuris promissis, aut pœna, ubi sorte soluta nihilominus usurarum et pœnæ integra petitio est. L. 1. *C. de iud.* L. *Lucius*, *infr. de act. em.*

Sententia Africani exposita est. Quod sequitur, qualia sint, quæ hic statui supra diximus, et quid in his cum reliquis lo-
4 cis iuris conveniat, videamus. † Et in his
certa hæc duo: primum quod vult ex stipulatione, centum Capuæ dari, etiam cum fideiussore alibi agi posse, similiter ut cum promissore. Deinde, quod si alibi cum eo agetur, ait non nisi in arbitraria agi debere, in qua æstimetur id quod ipsius fideiussoris interest, eam summam Capuæ potius, quam alibi solvi. Utrumque certum ex edicto. Nam de omni eo quod quis certo loco se daturum promisit, comparata est edicto actio, qua id etiam alibi peti possit: *L. 1. supr. hic*, §. *loco*, *inst. de act.* neque ex stipulatione, *centum Capuæ dari*, aliud promittere intelligitur fideiussor, qui in eandem rem se obligavit. Hoc autem semel admisso, ut alibi agi possit, constat non aliam hic actionem esse, quam arbitrariam et maxime eius cum quo agitur, sublevandi caussa, ne unquam loci constituti utilitas prius quæsita reo auferatur. *L. unic. C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promiss. d.* §. *loco*, *Instit. de act. L. 2.* §. *1. supr. eod.* Reliqua sunt quatuor, quorum alia aliis vel obscuriora vel incertiora sunt: omnia tamen eiusmodi, in quibus nonnihil dubitationis hæreat: quæ discutienda est. Sunt autem hæc: Primum, quod ait, cum fideiussore alibi agi posse, nec exprimit, quando. Secundum, quod dicit, cum alibi, cum fideiussore agetur, teneri hunc quoque ex mora sua officio iudicis ultra sortem in id, quod actoris interest suo loco potius solvi. Tertium, quod negat, in hoc ipsum quod actoris interest, teneri eum ex mora promissoris. Postremum, quod ad huius sententiæ confirmationem vult videri utilitatem loci a promissore præstandam ita in obligatione non esse, ut sorte soluta, simul et eius utililatis petitio tollatur. Sed hoc cum ex professo tradatur in *L. ult. infr. eod.* illic explicandi locus est. Quare et hoc in eum locum reiecto, reliqua erunt illa tria, quæ hic separatim expendamus. Ait ergo, etiam
alibi a fideiussore pecuniam peti posse, † 5
statimne? aut si non statim, quando? Et addit, a fideiussore peti posse similiter, ut a promissore. Hæc verba etiam in tempore agendi rem expediunt, si recte accipiuntur; sed prima fronte sunt eiusmodi, quæ potius in hac quæstione rem dubiam faciant, ac pugnent cum aliis locis. His enim verbis significari videtur, si quidem a promissore adhuc peti non potest, nec a fideiussore peti posse; ut si a promissore potest, etiam posse a fideiussore: sic enim fieri, ut ab hoc petatur similiter ut ab illo. Prius verum est, etsi dubitatur interdum, an sit perpetuum. Posterius falsum est: ut vel hoc nomine utraque pars, una et hic locus in hac quæstione explicatione egeat. Et constat in huiusmodi obligationibus, *Capuæ dari*, inesse diem tacite, quo in locum consti-

sti-

stitutum pervenire promissor possit: quo transacto possit pecunia ab eo peti; nondum præterito, perperam cum eo agatur. *L.* 2. §. *qui ita stipulatur*, *supr. L. interdum*, *infr. de verb. obl.* Si quidem ergo a promissore nondum peti potest, quia nondum transiit id tempus, quo pervenire Capuam potuit: absolutum est, nec cum fideiussore alibi agi posse, usque adeo: ut quamvis fideiussor iam ab initio fuerit Capuæ, aut iam Capuam pervenerit felici aliqua et insolita navigatione usus: nihilo tamen magis placeat eum conveniri posse vel Capuæ vel alibi, si promissor Capuam nondum pervenire potuit. *L. si testamento*, 49. §. *ult. infr. de fideiuss.* Nihil ad rem pertinet, quod in fideiussoris persona nullus dies est, quem hic exspectari oportet. Satis est in promissoris obligatione diem inesse. Ante hunc nec fideiussor conveniri potest: quia non potest in duriorem caussam teneri, cum sit accessio principalis obligationis. *L. græce*, §. *illud*, *d. L. qui testamento*, *in fin. infr. de fid.* §. *fideiussores*, *Inst. de fideiussor.*

Hactenus ergo recte significatum hoc loco, a fideiussore pecuniam peti non posse, ubi a promissore peti non potest. † At quid
6 e converso, si iam pecunia peti potest a promissore, quia pervenire potuit Capuam: etiamne peti poterit a fideiussore, quamvis ipse nondum pervenire potuerit? finge reum promittendi Capuæ esse, ibique promisisse, fideiussorem autem datum Romæ promisisse se Capuæ daturum. Finge utrumque promisisse Romæ; sed cum debitori iam prope transisset tempus, quo Capuam pervenire posset, dedisse fideiussorem, qui promitteret itidem se Capuæ daturum, et cui ad perveniendum Capuam tanto tempore opus esset, quanto opus fuit ab initio promissori. An quia cum promissore agi potest, etiam agi poterit cum fideiussore? Iam dixi verba huius loci prima ratione id efficere videri. Nam pecuniam peti posse a fideiussore similiter ut a promissore, nihil aliud esse videtur, quam quæ pecunia a promissore peti potest, æque eam peti posse a fideiussore. Sed hoc probandum non esse disserit Papinianus in *d. L. si testamento*, §. *ult. de fidejussor.* atque ita definit, fideiussoriam obligationem in proposito conditionem taciti temporis ex utriusque persona recipere, tam rei promittendi, quam ipsius fideiussoris: ut scilicet sive reus pervenire non potuit Capuam, atque ita diem tacitum adhuc habeat, idem dies fideiussori prosit, ne cum eo agi possit, quamvis ipse iam eo pervenerit; sive contra potuerit reus Capuam pervenire, nondum autem fideiussor, hic habeat diem ex persona sua, quo fiat, ne cum eo agi possit, tametsi possit agi cum promissore. *Quoniam*, inquit Papinianus, *aliud respondentibus*, *contra iuris formam in duriorem conditionem acceptus fideiussor intelligetur.* Recte: nam in eadem difficultate Capuam perveniendi promissor conveniri non posset. An non ergo saltem hactenus falsum est, quod Africanus ait, ut cum promissore alibi agi potest, similiter agi posse et cum fideiussore? Imo hac quoque parte verissimum. Hoc enim, similiter, non ad tempus agenti referri debet, sed ad conditionem. Denique hoc efficit, ut quæ pecunia a promissore peti potest, peti possit et a fideiussore, non eodem tempore, sed eadem conditione. Hæc autem eadem conditio futura est, si quæ dilatio promissori ex intervallo locorum tribueretur prius quam eo pervenire potuisset: hæc eadem fideiussori in iisdem intervallis et eadem itineris difficultate impedito tribuatur. Atque hac parte tantum abest, ut dissentiat Papinianus ab Africano, ut ille ad confirmationem sententiæ suæ, non alio argumento utatur, quam similitudine a promissore petita. Cur enim ratio proprii temporis haberi debeat ex persona fideiussoris, hanc rationem reddit, quod similiter nec reus ipse in eadem difficultate teneretur: unde eventurum sit, ut si fideiussor teneatur dissimiliter, huius durior conditio constituatur: quod ius non concedit. Ergo hæc summa est: cum quæritur, quando ex huiusmodi stipulationibus, *Capuæ dari*, agi possit cum fideiussore vel Capuæ, vel alibi, vere dici, *similiter* cum fideiussore agendum, ut cum promissore ageretur. Sed hoc, *similiter*, in tempore agendi hanc significationem habere, ut duobus temporibus ex mora taciti temporis cum fideiussore agi non possit: uno, si nondum agi potest cum promissore, quia nondum Capuam pervenire potuit. Altero, si nunc quidem possit eum promissore agi, sed si in eadem caussa esset, in qua nunc est fideiussor, qui Capuam pervenire non potuit, agi non posset: id est, si eadem difficultas Capuam perveniendi ei obstaret, quæ nunc obstat fideiussori.

† Ait, si cum fideiussore alibi agetur 7
quam Capuæ, æstimandum esse arbitraria actione, quod actoris interfuerit pecuniam Capuæ potius solvi. Quod sic intelligi volumus: si fideiussor ipse in pecunia Capuæ solvenda moram fecerit. Alioqui contra. Nam

 nec

nec adversus promissorem aliter id æstimaretur, quam si ipse moram fecisset. *L. 2. §. ult. supr.* ut et pluribus ostendi initio eius *L.* proinde nec æstimabitur adversus fideiussorem alia conditione: ut fiat, quod ante dixit, a fideiussore nimirum pecunia petatur similiter ut a promissore: quod nisi fit, in duriorem caussam fideiussor acceptus videbitur contra iuris formam *d. L. si testamento, in fin. infr. de fideiussor.* Sed ut si moram fideiussor non fecit: veluti quia Capuam venit, nec pecunia ab eo petita est, non habetur adversus eum ratio eius quod actoris interest: ita cum moram fecit, si cum eo alibi agetur, semper manebit, quod Africanus ait, etiam actoris rationem haberi. Nihil enim hinc excipit, præterquam si ex mora solius rei a fideiussore petatur id quod actoris interest. Unde intelligitur semper alias adversus fideiussorem id æstimandum. Ergo et sive fideiussor una cum reo, sive solus moram fecerit: si tamen et cum fideiussore alibi agi potest ita, ut ipse solus ante moram faceret, non etiam promissor: quo nihil verius. Finge promissorem intra tempus venisse Capuam, ibi non offendisse creditorem, atque ita non interpellatum discessisse. Post, eodem venisse fideiussorem, ibique eum a creditore, qui et eodem venisset, interpellatum non solvisse. Sine dubio reus non interpellatus hic moram non fecerit; et fideiussor recte interpellatus fecerit. *L. mora, infr. de usur.* Non enim verum est, quod vulgo putant, et Bartolus hic scripsit, cum fideiussore agi non posse, nisi ambo, ipse et promissor in pecunia Capuæ solvenda moram fecerint. Recte quidem dicitur, non posse prius agi cum fideiussore, quam præterierit id tempus, intra quod ambo Capuam pervenire potuerunt. *L. si testamento §. ult. infr. de fidejussor.* sed errant in eo, quod putant, cum id tempus in utriusque persona præterierit, moram ab his fieri. Quod enim dicitur, cum dies stipulationi adiicitur, ipso diei lapsu sine alia admonitione moram contrahi, *L. magnam, C. de contrah. stip.* in eo die locum habet, qui solvendæ et præstandæ rei promissæ dictus est. Diversa caussa est eius temporis, quod tacite inest ex loci adiectione. Hoc enim non solutioni constituitur, sed itineri faciendo. *§. loca, Inst. de verb. obl.* Redeo ergo ad definitionem superiorem, quæ et Africani est: sive promissor et fideiussor una moram Capuæ fecerint; sive fideiussor solus, quod accidere potest: hic si alio loco cum fideiussore agi cœperit, etiam actori æstimandum, quanti eius interfuerit, Capuæ solvi.

Hic varie refragari videtur conditio fideiussoriæ obligationis. Tria enim hic dicimus, quæ totidem ut obligationi fideiussoriæ contraria aliis locis improbari videntur. Sed de singulis dicam ordine, quo facilius unumquodque per se explicetur. † Primum ergo hic dicimus, fideius- 8
sorem teneri ex mora sua in id quod actoris interest: cum nisi moram fecisset, non teneretur, ne ex mora quidem rei principalis. At hic quidam subsistunt, putantque videndum, ne hoc quibusdam locis traditum sit, fideiussorem ex mora rei teneri posse; ex sua nequaquam: ut *L. cum filiusfamil. §. 1. infr. de verb. obl. et L. si libertus moram, infr. de oper. libert.* in quibus traditur fideiussorem ob factum et cessationem debitoris teneri; ob suam hunc non teneri. Sed ne dubitemus affirmare de mora, ut reus ipse ex mora sua tenetur: sic fideiussorem pariter ex sua teneri: et generaliter utrique pariter nocere moram suam in eo, quod uterque ex æquo præstare debuerit. Generaliter sic regula iuris concepta est: unicuique sua mora nocet. *L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. iur.* Non nocet unicuique, si fideiussori non nocet. Proinde nocet et debitori et fideiussori. Et quidem cum in dando obligatio est, ei nocere moram suam inter omnes convenit. Nam si Sticho promisso fideiussor aut eum hominem occiderit, aut solus in eo præstando moram fecerit, ac deinde Stichus decesserit: reum liberari placet; fideiussorem in obligatione retineri, et solum ex stipulatione conveniri posse. *L. mora, infr. de verb. obl. d. L. si libertus moram, de oper. libert.* Quo admisso, etsi solum concederetur: tamen satis esset ad huius loci defensionem, in quo de obligatione dandi agitur. Sed non est, quod reformidemus idem admittere et in faciendi obligationibus. Si in his moram faciat fideiussor, æque regula iuris superior efficit, ut ei mora sua nocere debeat. Neque enim si mora est, eo minus mora est, quia in faciendi obligatione admissa fuerit. Neque vero id negatur in suprascriptis locis, sed statuitur potius. Non enim dicitur in exemplis illic propositis, moram fideiussoris ei non nocere, sed fideiussoris moram nullam esse: quod expressum est in *d. L. si libertus moram, de oper. libert.* Satis autem significatur in *d. L. cum filiusfam. §. 1. de verb. oblig.* cum proponitur a fideiussore cessatum in eo, quod nec debuit ipse præstare, nec ab eo peti potuit. Nulla enim mora intelligitur ibi fieri,

ri, ubi nulla petitio est. *L. nulla, infr. de reg. iur. L. si pupillus, infr. de ver. obl.* Non sunt ista contraria, si quis quod dicit de fideiussore, qui moram fecit, de eo qui moram non fecit, negat; aut contra. Quin recte utrumque et admodum convenienter: cum contraria facta contrarium ius exigant. Plus dico: etiam superioribus locis moræ pœna in fideiussore confirmatur. Qui enim negat fideiussori factum suum nocere, et ideo negat, quia nihil in eo fideiussor debuerit, eoque nec moram fecerit: satis aperte hoc dicere intelligitur, si debuisset, et moram fecisset, contra dicendum fuisse. Et vero id etiam ita expressum est in *d. L. si libertus moram, in fin. de oper. libert.* Constet igitur hoc primum, recte hic dici, et fideiussori non minus suam moram no-
9 cere, quam promissori ipsi. † At secundum
forsitan non recte. Dicimus enim secundo loco, fideiussorem etsi ex mora sua, attamen ultra sortem Capuæ promissam teneri in id, quod actoris interest: proinde in maiorem quantitatem, quam in quam se obligavit. Nec vero dubium est, quin hoc ipsum dicamus, aut potius quin dicat Africanus. In centum enim Capuæ promissa tantum fideiussor se obstrinxit, sive nominatim hæc eadem promisit, se Capuæ daturum, sive indefinite fide sua esse iussit, quod promissor debebat: centum enim sola is debuit. Id quod interest actoris propter locum, etiam si maxime ex persona rei præstaretur, tamen nec debitum ab eo fuit, nec fuit in obligatione. Ita fit omnino, ut si fideiussor dicitur, ultra centum Capuæ debita teneri, etiam in id quod actoris interest: aperte hoc dicatur, teneri eum in maiorem summam, quam in quam se obligavit. At videamus, ne hoc falsum sit, nec patiatur ius aut conditio fideiussoriæ obligationis, ut qui in certam quantitatem se obligavit, ultra eam teneatur: puta ut qui in sortem se obligavit, teneatur etiam in usuras. Et non teneri, diserte scriptum est in *L. fideiussores magistratuum*, 68. §. 1. *infr. de fideiussor.* Quod et verum est, si quid petatur a fideiussore ex persona et mora rei non fideiussoris, ut accidit in specie proposita in *d. L. fideiussores*, 68. usque adeo: ut nihil intersit, utrum id sit ex iis, quæ principaliter deducta sunt in obligationem, an ex iis, quæ per consequentiam accedunt ob moram promissoris. Unde si idipsum quod actoris interest, de quo nunc agitur, peteretur a fideiussore ob id, quod moram promissor fecisset, non recte peteretur: ac præstandum non esse, paulo post dicit Africanus, cum negat in hac caussa ex mora promissoris augeri fideiussoris obligationem. At si quid amplius petatur a fideiussore ex persona ipsius fideiussoris ob factum aut moram eius: non est novum, ut ex eventu præstare debeat officio iudicis eas accessiones, quas æquum sit venire, tametsi in eas se non obligarit, nec ab initio eas præstare cogeretur. Exempli gratia: si fideiussor corpus certum, puta animal promissum ex fideiussione debeat, ac cum eo de ea re iudicio agatur: post iudicium acceptum non tantum animal petitum præstare debebit, sed et omnis caussa veniet, idest, id omne, quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore solutum animal fuisset: ut fructus, ancillæ partus, operarum mercedes, et similia. L. *cum fundus, in pr. supr. si cer. pet. L. 2. infr. de usur. L. præterea, supr. de rei vind.* Scilicet quia æquum sit hæc post litem contestatam moram passo præstari L. *item si verberatum, in fin. infr. de rei vind.* Proinde et in proposito, si mora a fideiussore facta, alibi quam Capuæ cum eo agetur, recte id quod actoris interest, Capuæ solvi, accedere placet: quoniam hactenus ei moram suam nocere æquum est, et hanc æquitatem arbitrariæ actionis ratio postulat.

Restat tertium, de quo hic ambigebatur. Non enim tantum dicimus, fideiussorem hic teneri ex mora sua in id quod interest actoris, et teneri ultra, quam se obligavit; sed hoc amplius, et teneri solum: nempe etiam tunc, cum promissor moram non fecerit: quo casu utilitas actoris alio loco cum promissore agentis non æstimaretur L. 2. §. *ult. supr. eod.* Ut priora duo ferre possit fidejussoria obligatio; at certe hoc tertium non videatur pati posse, ut teneatur fideiussor in id, in quod promissor non teneretur. Hæc enim sunt iuris certi: fideiussorem in duriorem caussam accipi non posse: fideiussorem ita obligari non posse, ut plus debeat, quam reus promittendi: fideiussorem multo minus in aliud posse obligari L. *græce*, §. *illud*, §. *idem, infr. de fideiussor.* §. *fideiussores, Inst. eod.* Sed et hoc ex eadem æquitate est, qua superius. Mora enim fecit fideiussor: hanc illi itidem ut promissori hac quoque in parte nocere æquum est. Neque id ei iuri, quod dixi, adversatur. Sunt enim omnes superiores sententiæ de eo fideiussore, qui initio accipitur, et qui verbis suis et sua sponsione in hanc
aut illam rem se obligat. † Ita est: fideius- 10
sor ita accipi non potest, ut in duriorem caus-

caussam se obbliget, seu ut promissione et cautione sua plus præstare debeat, quam promissor. Semel autem in eandem rem et caussam obligatus, eventu ex mora et facto suo ita teneri potest, ut amplius cogagatur præstare: vel retineatur in obligatione, a qua promissor liberatus sit; vel ut ipsius obligatio novæ præstationis accessione augeatur. Vis hæc est, ut dixi, moræ, quæ ut in promissore, sic et in fideiussore ob eandem æquitatem idem valeat, necesse est. Nam nec promissor ipse ab initio in maiorem quantitatem iure obligatur, quam in quam spondendo se obligat. Si tamen moram facere cœperit: et perpetuatur adversus eum obligatio, et si certo loco quid debuerit, alibi conventus etiam in id quod interest actoris suo loco solvi, condemnatur. Idem et in fideiussore recipiendum est; propterea quod non proprie nascuntur hæc ex obligatione, quæ utique in fideiussore maior esse non potest, quam in promissore; sed ex mora, quæ cum sit in fideiussore, non mirum, si et hic moræ suæ pœnam patitur. Neque enim aliter fieri æquitatis, et iuris ratio patitur, quam ut ei mora sua noceat. *d. L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *infr. de reg. iur.* Hujus distinctionis certissimum argumentum est quod si fideiussor Stichi moram in Sticho solvendo solus fecerit, deinde Stichus moriatur: eodem tempore evenit, ut liberetur reus interitu rei debitæ qui sine mora et facto eius contigit, L. *si ex legati*, *infr. de verb. ob.* et nihilominus fideiussor mora sua eundem hominem perpetuo debeat. *L. si libertus moram infr. de op. lib. L. mora*, *infr. de ver. ob.* Atqui hic perspicuum est, fideiussorem iam non tantum plus decere, quam promissorem; sed ipsum debere solum, promissorem autem nihil. Et tamen cum id fit, non metuimus, ne videatur fideiussor in duriorem caussam obligatus: quoniam hoc postea evenit, nec natura obligationis contingit, sed moræ propria pœna est. Quapropter si hoc adversus fideiussorem in tam dispari conditione recipimus tantum propter eius moram, etiam illum alterum effectum moræ, de quo agitur, multo magis adversus eum recipere debemus: quo scilicet fit, non ut fideiussor obligetur solus, sed ut propter moram aliquid amplius, quam reus officio iudicis præstare debeat. Nec magis quam supra metuemus, ne sic videatur obligatus in duriorem conditionem: cum hæc præstatio vere moræ præstatio sit, non obligationis: si quidem in quod interest actoris in hac specie, nec debetur, nec est in obligatione, ut Paulus loquitur in L. *ult. infr.* Constitutum igitur et illud alterum, quod propositum erat, ut si cum fideiussore post eius moram alibi quam Capuæ agetur, æstimari debeat etiam quod actoris interfuerit Capuæ solvi, sive ambo moram fecerint, ipse et promissor, sive fideiussor solus. Addit Africanus tertio loco, hoc se intelligere omnino, si fideiussor moram fecerit, quominus Capuæ solveret. Nam si non fecerit, dum forte venit Capuam, et aut ibi tum non reperit creditorem, aut ab eo non est interpellatus: etsi proponas per promissorem stetisse, quominus ipse solveret Capuæ, negat tamen ex mora promissoris augeri oportere fideiussoris obligationem: innuens, ut supra dixi, ne ex mora quidem promissoris fideiussorem in proposito teneri ultra sortem in id quod actoris interest, ubi ipse ex proprio delicto non conveniatur. Huic sententiæ duo obiiciuntur. Primum generale illud, quod traditur, moram rei fideiussori nocere. *L. mora*, *infr. de verb. obl.* proprie autem et velut in specie ipsa quam tractamus, *L. quæro*, *infr. loc.* ubi placet, rei principalis moram fideiussori nocere, etiam ad earum accessionum præstationem, quæ non ex obligatione, sed ex mora officio iudicis præstantur, quamvis nec nominatim fideiussor in eas se obligaverit. † Sed prius recte vulgo explicatur. 11
De quo consentiens omnium sententia est, quod dicitur moram rei fideiussori nocere, sic accipiendum esse: ut ad perpetuandam fideiussori obligationem noceat, non ad augendam. Quod et ita se habet. Quibus enim locis traditur superior definitio, non simpliciter traditur, sed adiicitur explicatio ab auctoribus. Confertur enim tota eo, ut declaretur interitu rei promissæ, quæ post moram rei periit, non liberari fideiussorem, quamvis ipse in mora non fuerit, sed una cum promissore in obligatione retineri: cum si mora rei illi non noceret in hac re, ipsum ex regula communi quæ est de interitu rei debitæ, liberari oporteret. Vide *L. mora*, *infr. de verb. obl. L. mora*, *in fi. infr. de usur. L. cum filiusfa. in pr. de ver. obl.* Sed etsi superior definitio usquam traderetur simpliciter: tamen hanc illius significationem esse, quam dixi, licet intelligere ex regula generali veterum, quæ in universum de effectu culpæ, eoque et moræ, tradita est. Sic enim illi definierunt, culpam perpetuare obligationem; nihil amplius. *L. si servum*, §. *sequitur*, *infr. de ver. ob.* Quod igitur dicitur,

tur, moram rei fideiussori nocere ad perpetuandam ei obligationem, an eo producemus, ut nocere debeat etiam ad fideiussoris obligationem augendam? Nihil vero hæc simile habent; quin potius contrariis inter se caussis continentur. Mora rei perpetuam facit fideiussori obligationem: quia in hanc ipsam rem fideiussor se obligavit, ut mora a reo facta, pariter cum eo teneretur: promisit enim, quod reus debet. At is mora facta, si res pereat, non minus debet quam ante, quasi res exstaret. *L. si ex legati*, *L. nemo*, §. 1. *infr. de verb. obl.* Proinde et fideiussor ex sua sponsione idem debebit. Cum hoc æquum est, tum verbis sponsionis eius efficitur. Idque est, quod Paulus dicit in *L. si servum*, §. *nunc videamus*, *infr. de ver. ob.* ideo fideiussoribus ex mora rei perpetuari obligationem, quia in totam caussam spoponderunt: id est, in totam obligationem, seu in totum id, quod reus debuit. Contraria omnino de caussa mora rei augere fideiussoris obligationem non potest: quia quidquid auget eius obligationem, eiusmodi est, ut in id se non obligarit. Obligationem enim fideiussoris intelligimus illam, qua ipse se initio fideiubendo pro debitore obstrinxit, in quod se pro debitore obligavit. Quamobrem si quid aliunde augebit hanc obligationem, id extra eam esse necesse est: proinde extra id, in quod se obligavit. Quod si extra est: perspicuum est esse eiusmodi, in quod se non obligarit. Ita fit, quod dixi, ut quæ mora rei fideiussori nocet ad perpetuandam ei obligationem, contraria de caussa nocere non debeat ad obligationem eius augendam: tantum abest, ut ex uno aliud colligi oporteat. Porro ut obligatione fideiussoris et mora remota factum rei illi noceat, ius non concedit. Nemo enim alterius facto onerari debet: nullius factum nocere ei, qui ipse nihil fecit. *L. in caussæ*, *in pr. supr. de procurat.* L. *de pupillo*, §. *si plurium infr. de op. no. nunt.* Bene igitur Africanus non oportere ait, mora rei obligationem fideiussoris augeri: nec minus ei definitioni convenienter, qua quibusdam in locis traditur, moram rei fideiussori nocere: quoniam hæc sit auctorum sententia, quam et subiecta explicatione declarant: non ut ad quidvis noceat, quod esset absurdum; sed ut ad perpetuandam obligationem. Quod ad augendam fideiussoris obligationem transferri nulla ratio patitur. Atque hoc, ut dixi, ita vulgo recte acceperunt, etsi nihil amplius, quam ex hoc loco.

† Non ita vero de L. *quæro*, *infr. lo-* 12
cat. expedita responsio est. In qua concilianda non minore conatu quam variantibus sententiis ab omnibus certum est. Nec immerito omnino, ut in re obscura. Quod an recte dicamus, ex locorum collatione et re ipsa intelligetur. Proponitur illic fideiussor indefinite acceptus in omnem caussam conductionis. Placet eum ex mora rei teneri in usuras illatarum tardius pensionum: nempe ergo in accessionem ultra sortem. At quas usuras? quæ debeantur ex mora rei, quæ eædem non ex obligatione, sed officio iudicis præstentur. Et hic non dissimiliter fideiussor simpliciter acceptus est in stipulationem, qua reus centum Capuæ dari promiserat. Placet tamen fideiussorem ex mora rei non teneri in id quod actoris interest, Capuæ solvi: ad quam accessionem nihilominus tenetur reus ex mora sua, et tenetur officio iudicis non aliter, quam in usuras in bonæ fidei iudiciis. Ita in summa in L. *quæro*, vult Paulus ex mora rei fideiussorem teneri in eam præstationem, quæ ex mora rei tantum officio iudicis debeatur: Africanus hic negat. Ac ne forte dicamus aliud esse in usuris, aliud in eo quod actoris propter locum interest: Africanus generali definitione utitur, qua omnem accessionem excludit, ut dicat ex mora rei non oportere obligationem fideiussoris augeri. Quæ si recte ita interpretamur, ut non debeat fideiussor ultra sortem ex mora rei teneri, ne in id quidem quod interest: necesse est istas sententias videri contrarias, nisi dissimiles hic caussæ sint, et ratio differentiæ explicetur: in quo laboratur. Restat ergo, ut de ea dissimilitudine et nos consideremus, quæ alios tantopere occupavit. Quod et statim faceremus, nisi hic quorumdam sententia nos impediret. Volunt enim totum hunc non tantum inutilem, sed etiam stultum laborem esse, qui in quærenda differentiæ horum locorum ratione impendatur: quoniam utroque in loco statuatur idem tam de eo quod actoris interest, quam de usuris: in utramque rem videlicet pariter ex mora rei fideiussorem teneri. Neque eo minus verum esse ex mora rei, fideiussoris obligationem non augeri: quia hcæ tota præstatio non sit in obligatione, sed officio iudicis veniat. Quæ sententia Petri fuit, ut hic Bartolus refert veterum de hac re opiniones. Repudiata illa quidem ab aliis omnibus: sed quam tamen quidam nostra ætate pro verissima amplectentur, nec dubitent ex ea rem expeditam dicere, omnemque aliorum

rum contentionem indignam fuisse tanto labore. Quamobrem ne forte et nos hic cum vulgo in eodem errore versemur, aut ne nobis idem obiiciatur: videamus prius, num isti sententiæ Petri stare debeamus, an potius cum aliis eam reiicere: sic denique statuere in dissimilitudine superiore quærenda non inutilem laborem esse, sed plane necessarium, si efficere volumus locos inter se pugnantes non esse. Sed et hoc ante omnia sententia huius loci exigit. Nisi enim statuerimus, utrum Africanus sentiat id quod interest actoris, de quo loquitur, ex mora rei præstandum esse, an vero non esse: neque hic locus intelligetur, et frustra ad quærendum de aliis locis similes sint, an contrarii, progrediemur. Prius igitur hoc agamus.

Nos autem sic statuamus, verissimum esse utrumque illud, quod supra de interpretatione huius loci posui: et fideiussorem in id quod interest actoris in proposito ex mora rei non teneri: et non aliam Africani sententiam esse, cum in eo, quod actoris interest præstando, ait non oportere
13 augeri obligationem fideiussoris. † Non teneri fideiussorem ex mora rei ultra sortem, ne in id quidem quod actoris interest Capuæ solvi, si hic locus non significaret: tamen ratione iuris certa efficitur. Non potest fideiussor in eam accessionem teneri, nisi aut ex delicto suo, idest, mora sua, aut quia ex mora alterius in eam se obligarit. Nam ut sine facto oneretur, neque naturalis neque civilis ratio permittit, ut paulo ante dixi. *L. solvendo, supr. de neg. gest. L. de pupillo, §. si plurium, infr. de op. no. nunt.* At de fideiussore agimus, qui moram non fecit: nam si fecisset, dicendum esset, hunc ex mora sua conveniri, non promissoris. Sed nec fideiussor in istam accessionem se fideiussione sua obligavit. Fideiussit enim simpliciter: nempe in id omne, quod reus debuit ex stipulatione. At istorum ipsorum confessione non debuit reus accessionem istam eius quod actoris propter locum interest, idque etiam diserte traditur in *L. ult. infr. eod.* Sic fit, ut in eam accessionem ex mora rei fideiussor teneri non possit. Sed et hoc ipsum sensit Africanus, nec aliud definitio eius exprimit. Animadvertendum est enim diligenter, eum non dicere non augeri fideiussoris obligationem, ut isti falso verba eius referunt; sed non oportere augeri: inter quæ tantum interest, quantum inter orationes contrarias. Qui enim dicit, præstatione eius quod interest, fideiussoris obligationem non augeri: is præstationem eius quod interest prius statuit, et hanc recte præcedere fatetur: sed de effectu eius respondet, ut dicat non ideo ea præstatione augeri fideiussoris obligationem. At qui dicit, non oportere hac præstatione augeri obligationem fideiussoris: is contra præstationem hanc præcedere debere negat, et hac ratione utitur: quia hac præstatione fideiussoris obligatio augeatur; non oporteat autem hanc ulla præstatione augeri. Et rogo, ut ad rem ipsam veniatur, qualis tandem hæc ratio videri potest, si dicat Africanus adversus fideiussorem, cum quo alibi agitur, æstimandum esse etiam ex mora rei id quod actoris interest: quia hac præstatione non ideo augetur eius obligatio, idest, quia hac præstatione non fit, ut hoc plus debeat, cum præstatio sit non ex obligatione, sed ex officio iudicis? Hanc vero rationem nisi stulti et imperiti hominis esse non posse intelligerent isti, si quid ipsi vel mediocris attentionis aut iudicii ad hanc rem adhibuissent. Quid enim, an ideo ex mora rei fideiussor hac præstatione onerandus est, quia hæc præstatio non fuit in obligatione eius, nec promissoris? Imo ideo hac onerandus non est, quia præstatio est, quia onus est, ac damnum rei familiaris, quod totum illi ex facto et mora alterius imponitur. Regula autem iuris est et naturæ, quæ efficit, non ut, ne unius facto alter obligetur; sed ne unius facto alter onerari, alterius conditio ullo modo deterior fieri debeat. *d. L. solvendo, supr. de neg. gest. d. L. de pupillo, §. si plurium, infr. de op. no. nunt. L. non debet alteri, infr. de reg. iur.* Negant tamen isti, cum fideiussor tenetur ex mora rei in id quod actoris interest, eius obligationem augeri. Sed hoc nihilo rectius de verbo, quam prius illud de re statuerunt, fideiussorem in proposito ex mora rei teneri posse in id quod actoris interest. † Quidquid ad o- 14
bligationem constitutam fideiussoris accedit, ut id qui obligatus est, ultra quam obligatus erat, præstare cogatur, recte dicitur ea re eius obligatio augeri. Non augetur, ut supra dixi, nova obligatione; at augetur nova præstatione: quod satis est ad hunc locum. Non enim hic quæritur, utrum augeatur obligatione, sed simpliciter an augeatur. Et tamen cur negent id dici posse, rationem reddunt. Quam ergo? videamus. Quia, inquiunt, istud quod interest, quod hic a fideiussore præstatur non est in obligatione fideiussoria, sed præstatur officio iudicis. Ridiculum: quasi non possit fide-

deiussoria obligatio augeri, nisi ea re, quæ sit item obligatio fideiussoria, aut pars eius obligationis: aut quasi oporteat rem quæ auget, eandem esse, aut eiusdem generis cum ea, quæ augeatur, ac quæcunque alia accesserit, ea re hæc non augeatur. Quod longe secus est. Si de commodis quæritur: dicitur quis recte augeri facultatibus, augeri honoribus, cui facultates aut honores novi accesserint: neque tamen facultates aut honores sunt homo, aut pars hominis. Si de incommodis et aliqua præstatione: dicitur apud Terentium in Heaut. *herus auctus esse damno*: de eo, cui ex filia nata novæ præstationis occasio inciderat: ubi tamen damnum id non fuit herus, aut pars

15 heri. † Sic et hoc loco obligatio fideiussoris recte dicatur augeri damno et præstatione nova ex mora rei, cum ad obligationem hæc præstatio accedit, præsertim cum per occasionem obligationis fideiussoriæ accedat: tametsi damnum et ea præstatio non sit obligatio, aut pars eius obligationis. Denique augeri obligationem fideiussoris nihil aliud est, quam addi aliquid ad obligationem fideiussoris. Quis est autem, qui neget, præstationem aliquam, seu præstandi aliquid necessitatem ad fideiussoris obligationem addi posse, etiamsi præstatio hæc non sit obligatio, sed sit ea præstatio, de qua loquimur, idest, præstatio earum accessionum, quæ ex mora officio iudicis debentur? Quod si de verbis augendi obligationem obtinere non liceret: tamen superesset Accursii et Bartoli defensio, ut diceremus has præstationes, quibus accedentibus obligationem fideiussoris augeri volumus, si minus proprie: generaliter tamen et latius obligationis verbo contineri, atque hoc modo obligationis verbum usurpasse hic Africanum: quem apparet nihil aliud voluisse, quam ad obligationem fideiussoris nihil addi debere, ut quidquam ultra ex mora rei præstare cogatur. Quam defensionem non video, cur isti propter verbum obligationis tantopere repudient. Constare debet, ut dixi, in hac re de hoc iure: nempe neminem præterquam quod se obligarit, aut deliquerit, alieno facto conveniri aut teneri posse. Constat etiam, Africanum non dicere, fideiussoris obligationem non augeri præstando hoc quod actoris interest: sed eius obligationem hac præstatione augeri non oportere: quibus verbis non admittitur, sed reiicitur ista præstatio. Certum est præterea, nunquam Africanum hoc tam absurde fuisse dicturum, ut cum statuere vellet fideiussorem ex mora rei non teneri in id, quod actoris interest, hanc rationem redderet, ut diceret eo fieri, quia ista præstatio non esset in obligatione, etsi officio iudicis necessario accederet. Quæ cum omnia manifeste arguant, Africanum hoc sentire, hanc accessionem a fideiussore ex mora rei præstandam non esse: cur si hanc sententiam retinere non possumus proprietate verbi obligationis: generalem, atque adeo abusivam significationem non sequemur, ut verba sententiæ serviant? Imo vero hoc præceptum Pauli ubique tenendum est, non oportere ius civile calumniari, neque verba captare; sed qua mente quidque diceretur, animadvertere convenire. *L. pen. sup. ad exhib.* Et quod dicitur, a significatione verborum recedendum non esse: cum hac exceptione dicitur, nisi manifestum sit, aliud sensisse scriptorem. *L. non aliter*, *infr. de legat.* 3. Hic autem quid senserit Africanus, plusquam manifestum est ex iis quæ de iure rei, et conceptione definitionis modo diximus. Quare et hoc omnino hic sequi oportet. † Nisi sorte isti conten- 16
dent, neque proprie, neque improprie aut latius superiores præstationes verbo obligationis contineri. At nos doceamus contineri, nec plus istos vidisse in hac re, cum id negant, quam in cæteris partibus. Quidquid enim debetur, est in obligatione: nec quidquam in obligatione, nisi quod debeatur. *L.* 1. §. *pen. et ult. infr. de pec. const.* At quæ accessiones officio iudicis præstantur, eæ deberi dicuntur: ut puta, usuræ in bonæ fidei contractibus dicuntur ex mora deberi in *L. mora*, §. *in bonæ*, *infr. de usur.* quas tamen constat non deberi proprie ex obligatione, sed officio iudicis præstari. *d. L. quæro*, *locat. L. qui per*, §. *ult. infr. de act. em.* Sunt ergo et hæ in obligatione, si præstari debere cœperint. Et cur non sint in obligatione? Si non debentur obligatione civili; at certe debebuntur naturali: æquum est enim moram passo eas præstari: ac vinculo æquitatis obligatio naturalis nectitur. *L. Stichum*, §. *naturalis*, *infr. de sol.* Naturalis autem obligatio, vere obligatio est, et ea cui etiam fideiussor recte accedit. *L.* 1. *infr. de fid.* Atqui in hoc genere accessionum aliquid amplius est, quam in obligatione naturali. Non enim usuræ in bonæ fidei contractibus ita tantum debentur ex mora, ut si solutæ sint, repeti non possint, quod proprium est naturalis obligationis; *L. naturales*, *infr. de ob. et act.* sed etiam ita, ut possint exigi: non principaliter quidem, et propria aliqua actione; attamen per consequentiam principa-

17 palis obligationis et actionis. † Itaque quod de his accessionibus dicitur, non esse eas in obligatione, ut in *d. L. qui per*, §. *ult. de act. empt. d.* L. *quæro*, *infr. locat.* eo dicitur, quia non sint principaliter: ut plurimum autem ea esse et fieri dicere solemus, quæ sunt et fiunt principaliter. *L.* 1. *infr. de auct. tut.* At sunt per consequentiam, eoque et re vera: quia ut Africanus hic loquitur, circa contractus exsecutionem harum accessionum ratio iudicis arbitrio committitur: non ut possit earum rationem habere, sed ut debeat, et iure cogatur. Quæ res suo modo eas in obligatione esse et deberi satis ostendit. Et ideo Paulus in *d. L. quœro*, *locat.* non dicit has accessiones in obligatione non esse, præstari autem officio iudicis, ut oratio concepta est in *d. L. si per*, §. 1. *de act. em.* sed ita scribit, eas non tam ex obligatione proficisci, quam officio iudicis applicari: his verbis significans suo quodam modo et ipsas ex obligatione principali proficisci; non ita tamen ex obligatione, quin magis ex officio iudicis. Quod et verum est. Nam et huic præstationi præcedens obligatio principalis caussam dedit: sine qua nulla esset accessio. Sed ut ex principali obligatione non proficiscantur hæ accessiones: tamen hoc ipso, quod officio iudicis necessario præstandæ sunt, ipsas per se deberi eoque et in obligatione esse recte dixeris. Quod et de his a iuris auctoribus dici modo ostendi. Non me movet istorum ratio. Obligatio, inquiunt, est iuris necessitas: quod autem committitur iudicis arbitrio, non subiicitur iuris necessitati. *L. quidquid*, *supr. de iud.* Quod ad obligationem attinet, si hoc verbo complectuntur omnem obligationem, tam naturalem, quam civilem: falsa definitio est. Obligatio enim naturalis nullam necessitatem habet ad cogendum eum, qui eo genere est obligatus. Sin intelligunt obligationem, ubi iuris necessitas ad petendum aut obtinendum quid adiuncta est: non adversatur definitio his accessionibus, quæ ex mora debentur: quandoquidem et in his præstandis illa iuris necessitas versatur: unde dicuntur deberi, ut dixi. Et ne hoc verbo non quodvis debitum, sed non utile et efficax intelligamus: dicuntur hæ de iure postulari. *L. initio*, *C. de pac. empt. et vend.* dicitur debitor in eas conveniri. *d. L. mo-*
18 *ra*, §. *in bonœ*, *infr. de usur.* † Quod autem dicunt, quod committitur iudicis arbitrio, non subiici iuris necessitati: ex his, quæ de usuris modo dixi, aperte falsum esse deprehenditur. Sed ne longius abierimus: actio arbitraria hæc, qua alio loco agitur, in arbitrium iudicis referri, et quod idem est, arbitrio iudicis committi dicitur *L.* 3. *supr. eod.* Quidquid tamen hic præstandum est, id necessario præstandum est, nec permittitur iudici, ut possit alterutri non tribuere. Itaque quidquid est, cuius ratio hic habetur, tale est, ut in eo tribuendo ubique Ulpianus non potestatis, sed necessitatis verbo utatur. Nam cum de eo quod alterutrius interest æstimando agitur, non dicit iudicem posse in hac re quantitatem contractus excedere, vel minuere; sed prout alterutrius intererit, et æquum erit, debere. *L.* 2. §. *ult. supr. eod.* Et cum agitur de reo absolvendo, quia æquum sit: non dicit iudicem qui ex hac actione cognoscit, interdum posse reum absolvere, sed semper debere. *L.* 1. §. *ult. supr. eod.* Sic et Africanus hoc loco, si alibi quam Capuæ a fideiussore centum petantur, non dicit pecuniam peti posse similiter ut a promissore; sed peti debere, ut lis æstimetur, quanti alterutrius interfuerit. Perperam vero refertur contraria sententia, quasi tradita in *L. non quidquid*, *supr. de iud.* Non enim illic dicitur: quidquid iudicis potestati permittitur, id non subiici iuris necessitati; sed hoc modo: *non quidquid iudicis potestati permittitur*, *id subiici iuris necessitati*: quæ orationes sunt repugnantes. Prior enim generalis est negativa, et eadem falsa: ut apparet in iis usuris, et eo quod interest, quæ ex mora tum in bonæ fidei iudiciis, tum in hac actione arbitraria deberi diximus. Posterior particularis est, affirmativa ex parte, et ob id vera: qua significatur, non omne subiici iuris necessitati, quod potestati iudicis permittitur, idest, ex iis quæ potestati iudicis permittuntur, pleraque subiici iuris necessitati: non tamen omnia. Idque ita est: non enim subiiciuntur illa, quæ tribuuntur his verbis, et similibus: Iudex *æstimabit*, *quid sit partium suarum*: Iudex *poterit contra absentem sententiam ferre*: *adversus absentes sententia dari solet*: L. sæpe, *L. generaliter*, *supr. de offic. præs. L.* 1. *C. quom. et quand. iud.* cætera subiiciuntur.

Non male ergo Bartolus, non male cæteri obligationis et debiti verbo latius et per abusionem contineri dixerunt etiam eas accessiones quæ iure præstandæ sunt, etsi debentur ex mora, et officio iudicis sunt præstandæ: ut si hoc, *obligationem augeri*, interpretandum est, *nova obligatione augeri*, efficiatur vere, obligationem et rei et promissoris augeri hac præstatione,

quia

quia in ea et obligatio et debitum insit. Sed non utor hac defensione, de qua dubitari potest propter eos locos, quibus dicuntur huiusmodi accessiones non esse in obligatione, sed in officio iudicis. *d. L. quæro*, *locat. L. qui per*, §. 1. *de act. em.* L. *deducta*, *in pr. infr. ad Trebel.* Et quanquam prius satis ostendi, quo sensu id accipi debeat: tamen ex his verbis occasio cavillandi et contendendi arripi potest. Et vero frustra in ea defensione laboretur, quæ non est necessaria. Largior ergo, quod isti volunt de obligatione, et do, cum fideiussor in proposito id quod interest actoris præstabit, tamen nullo modo id deberi, aut in obligatione esse. Sed non eo minus verum est id, de quo quæritur, cum hæc præstatio accedet ad obligationem fideiussoriam invito fideiussore: non minus hoc modo augeri eius obligationem, quam si præstatio esset ex ipsa obligatione fideiussoria, seu pars eius: quia non sit necesse, ut res quæ auget, sit eadem, aut eiusdem generis cum ea, quæ augetur, ut supra planum feci. Ex his plusquam liquido apparet, certam esse hanc Africani sententiam, eamque per se verissimam: fideiussorem in arbitraria actione de qua agitur, ex mora rei in id quod actoris interest non teneri. Si teneretur: fore, ut hoc modo eius obligatio augeretur. In totum autem fideiussoris obligationem augeri, aut si apertius volumus: in totum fideiussorem ultra quam obligatus est, teneri aut onerari ex mora rei non posse. Quod cum ita sit manet obiectio *L. quæro*, *loc.* in qua solvenda non frustra laboratur. Cumque illic tradatur, accessionem usurarum eam, quæ ex mora et officio iudicis debeatur, a fideiussore conductionis ex mora rei præstandam esse: idem hoc loco negetur de accessione eius, quod actoris propter locum interest: necesse est sententias contrarias videri, nisi doceatur aut in specie fideiussionis dissimili hæc responderi, aut accessiones diversas esse, de quibus ista dicuntur. De quo tempus est, ut
19 consideremus. † Ac de accessionibus sic habendum est: plane similes accessiones esse, de quibus a fideiussore præstandis utroque in loco agitur. Placet illic, usuras esse præstandas illatarum tardius pensionum: nempe accessionem, de qua nihil convenit, sed quæ debeatur tantum ex mora, et officio iudicis præstetur. Eiusdem generis plane res est, id quod interest actoris, quod propter locum a reo aut fideiussore petitur. Nam et hæc accessio est ultra sortem, quæ præstatur ex mora, et arbitrio iudicis committitur, ut hic Africanus loquitur. Quod si quid in his dissimile posset videri ad necessitatem præstationis: citius tamen diceremus id quod interest alio loco agenti præstandum, quam usuras: quia illud est, quod abest. *L. si commissa*, *infr. rem rat. hab. L.* 2. §. *ult. supr. eo.* usuræ non absunt. Quamobrem sicubi eas usuras ex mora rei a fideiussore debere præstari legemus: ibi multo magis præstandum id quod interest, cum alio loco agetur, dicendum est: ut, in bonæ fidei contractu si convenerit, ut pecunia Capuæ solveretur, et fideiussor eius contractus nomine sit acceptus, deinde post moram rei cum fideiussore alibi agatur actione bonæ fidei, iuxta *L. in bonæ*, *præcedentem.*

Restat, ut si contraria esse nolumus, quæ de his accessionibus præstandis tam varie his locis scripta sunt, diversi iuris ratio in eo sit, quod dissimili in specie fideiussionis aliud atque aliud ius exigente constituantur. Et ita res habet. † In *L. quæro*, *locat.* ex mora rei præstat fideiussor usuras pensionum tardius solutarum, quia ita fideiussit, ut se in eas quoque obligaret, non tantum in sortem conductionis. In hoc responso non præstat ex mora rei id quod actoris interest, centum Capuæ solvi: quia verbis fideiussionis nihil de eo spopondit, quantumvis acceptus simpliciter. Si in caussa positum est, et id caussa distinguitur, ut bene Alfenus dicebat: *L. si ex plagis*, §. *in clivo*, *supr. ad L. Aquil.* superioribus caussis positis, nihil respondetur rectius, quam et illic deberi a fideiussore accessionem usurarum ex mora rei debitarum; et hic accessionem eius quod interest, ex mora rei non deberi. Sic enim definiendum est: ut de his accessionibus fideiussoris promissio est, ita iure fieri, ut in eas teneatur, aut non teneatur. Si fideiubendo de his spondet: spondendo se obligat, et obligatus de utraque pariter tenetur: idest, non tantum si id faciat de usuris in bonæ fidei contractibus; sed etiam si de eo, quod actoris interest ex mora rei in actione arbitraria. Quod si verbis fideiussionis de his nihil est complexus, ut se in eas non obligavit fideiubendo: sic nec in eas tenebitur, etiamsi maxime de usuris agatur ex mora rei debitis in contractu bonæ fidei: qualis est ea conductio, quæ proponitur in *d. L. quæro.* Ita in hac præstatione fideiussoria, fideiussio ipsa et conventio fideiussoris totum facit: atque hæc una ut sortis summam, ita distinguit horum

rum locorum præstationes. Hoc ita esse doceamus: ac primum de *L. quæro.*
21 † Paulus in *L. quæro*, *loc.* respondet, fideiussorem conductionis in specie a se proposita tardius illatarum per moram coloni pensionum præstare debere usuras: sed hac de caussa nominatim, quam bis inculcat, quod *in omnem caussam conductionis etiam fideiussor se obligasset.* Et mox, quod *in omnem caussam se applicuisset*: extra quam caussam se idem dicturum non fuisse ostendit, dum initio id respondet conditionaliter, hoc modo: *si in omnem caussam conductionis fideiussor se obligavit.*
22 † His verbis continetur omnis res, quæ ex eo contractu præstari debeat, sive principaliter sit in obligatione, sive per consequentiam ex mora rei officio iudicis accedat. Aut enim intelligit Paulus fideiussorem se obligasse nominatim in omnem caussam conductionis, ut his verbis uteretur; aut simpliciter ita, ut diceret se spondere de tota conductione, ut sit is fideiussor, quem ipse initio vocat fideiussorem conductionis. Si omnem caussam dixit fideiussor: id expressit, quod diximus. Verbo enim caussæ omnis utilitas continetur, quæ ex re percipi potest, quæ eadem potestate actionis in iudicium venit. *L. præterea*, *supr. de rei vindic. L. pen. §. pen. supr. si usufr. pet.* Si spopondit simpliciter de tota conductione: tamen vi ipsa idem dixit. Complexus est enim id omne, quod eo contractu bonæ fidei dari deberet. Denique Paulus superioribus verbis eum se fideiussorem intelligere in extremo declarat, qui de tota conductione ita fideiussit, quasi spopondisset, in quantum colonum condemnari ex bona fide oporteret: in tantum locatorem indemnem se præstaturum. In summa eum fideiussorem, qui se obligasset in omnem rem, quam ex eo contractu actorem consequi, reum præstare quocunque iure oporteret. In hoc autem numero sunt usuræ ex mora rei. Hæ namque in bonæ fidei contractibus ex mora debentur. *d. L. mora*, *§. in bonæ supr. de usur.* Non dubium igitur, quin hoc dicat Paulus: ideo fideiussorem in illa specie pensionum propter moram coloni tardius illatarum usuras præstare debere, quia in omnem caussam præstationemve conductionis, seu de tota conductione se obligans, his verbis non tantum se in sortem obligasset, sed etiam in usuras, quæ ex contractu, ex mora deberentur. Non ergo fideiussor in eas usuras tenetur, quia simpliciter in totam conductionem, non autem cum aliqua taxatione in certam summam fideiussit, quasi quidquam figura orationis ad rem pertineat; sed quia ita se obligando usuras est complexus: proinde in eas quoque se obligavit. Ita semper huc redit ratio: ut ideo fideiussor apud Paulum teneatur in usuras ex mora debitas, quia in eas se obligavit. Quod nisi verbis fideiussionis in eas se obligasset vel nominatim, vel verbis generalibus hanc ipsam præstationem continentibus, in eas nequaquam teneretur. Quod idem Paulus de eo respondit, qui in certam summam se obstrinxerat, quantumvis id fecisset in caussa conductionis, et quidem pro conductore vectigalis: tantum ideo, quod se ultra summam expressam non obligasset: ac proinde non in omnem præstationem conductionis, eoque nec in usuras. *L. fideiussores magistratuum.* 68. *§.* 1. *infr. de fideius.* Et merito. Ut enim qui omnino pro alio se non obligavit, eius nomine teneri non potest: *L. nec intentio*, *C. de trans. L. pen. C. ne ux. pro mar. L.* 1. *C. ne fil. pro pat.* sic nec qui se obligavit, ultra quam obligatus est. Quidquid enim ultra est, hactenus verum est, eum se non obligasse. Nec consequentia principalis obligationis efficiet, ut fideiussor conductionis teneatur in usuras conductionis, qui se in eas non obstrinxit, quamvis colonus eas ex mora debere cœperit. Debet enim reus, quia moram fecit. Huius factum et culpa ei nocere non potest, qui ipse nihil commisit, ut iam aliquoties diximus. *d. L. de pupillo*, *§. si plurium*, *infr. de op. no. nunt. L. solvendo*, *supr. de neg. gest.* Itaque ne hic mihi quisquam dicat ex istis ridicule subtilibus, periculum non esse, ne cum fideiussor usuras ex mora rei præstabit, videatur obligari alieno nomine, quoniam usuræ istæ ex mora non sint in obligatione, nec debeantur, sed præstentur officio iudicis. Satis est ad onerandum fideiussorem, eique nocendum, si præstare aliquo iure cogitur. Porro non dicimus neminem alieno facto obligari non posse, sed non onerari: non posse denique factum alienum nocere ei, qui nihil fecerit. *d. L. de pupillo*, *§. si plurium*, *L. in caussæ*, *supr. de proc.* Quanquam ne hic quidem fideiussor debere potest eas usuras officio iudicis. Huic enim solum locus est in iudicio bonæ fidei: quo iudicio fideiussor non tenetur. Qua ratione nec ex mora sua fideiussor hic debere potest usuras. Etsi enim bonæ fidei contractui accedit, in quem veniunt usuræ ex mora: *d. L. mora*, *§. in bonæ*, *de usur.* ex contractu stricti iuris tenetur tamen; non bonæ fidei: te-

tenetur enim ex stipulatione, qua se obstrinxit. *L. blanditus, C. de fid.* Hæc ut stricti iudicii est: *L. alias, supr. de in lit. iur.* sic usuras ex mora non admittit. *L. quia, supr. de neg. gest.*

Hæc eo spectant, ut certius statuatur, si in specie *L. quæro*, fideiussor conductionis tenetur in usuras, quæ propter moram rei officio iudicis debentur, non alia de caussa id fieri, quam quod verbis fideiussionis se in eas quoque, ac non tantum in sortem obligavit: alioqui obnoxius non futurus. Quod et verbis fideiussionis effici, et Paulum sentire ostendimus. Ex quo et certa ratio responsi, et quam nihil habeat ea sententia huic loco aut aliis repugnans, sumitur.
23 † Sed quoniam si in eas se obligavit, necesse est, ut sint in eius obligatione, et hic quidam obsistunt: ante de eo breviter dicendum videtur. Negant ergo illi Petri defensores, quos ante dixi, eas usuras esse in obligatione, quas fideiussor præstat in specie. *L. quæro*: et generaliter quas simpliciter acceptus præstat ex mora rei in bonæ fidei iudicio. Volunt enim hac præstatione ideo non augeri fideiussoris obligationem, quia hæ usuræ non sint in obligatione fideiussoria, et rationem reddunt: quia nec sint in obligatione principali, nec possit fideiussoris durior esse conditio. Quo iure ergo has usuras præstat? officio iudicis, inquiunt, sine obligatione. Nos vero adversus ista, quæ de obligatione fideiussoris hic dicunt, ita statuamus. Si fideiussor conductionis de quo agitur, in eas usuras, quæ propter moram rei debentur, se non obligavit, in eas neque ex mora rei, neque adeo ex sua teneri potest: ut paulo ante satis demonstratum est. Sed et eum verbis fideiussionis in eas se obligasse non minus intellectum est. Quod si se in eas obligavit fideiubendo, non possunt, quin sint in obligatione fideiussoris. Id enim est in obligatione cuiusque, in quod ille est obligatus. Nec potest quisquam dici obligatus, nisi propter obligationem, qua tenetur. Dicent, fideiussorem in hac caussa in eas usuras non obligari: quia etsi verbis de his spondere intelligitur, tamen in eas obligari non possit: quoniam iuris forma refragetur. Quod et sentire videntur: id enim efficit ratio, quæ ab illis subiicitur. Sed hoc responso, quocunque modo id probent, in idem incommodum revolvuntur. Nam si fideiussor iure ex ea sponsione non obligatur: perinde habenda est sponsio de usuris, quasi interposita non esset. *L. non dubium, C. de legib.* Quod si de his nihil spopondisset: si se, ut Paulus loquitur, in omnem caussam præstationemque conductionis non obligasset: iam effectum est, illum eas usuras debitorum non fuisse. Sed ne hic reformidemus rationem iuris. Quemadmodum fideiussor verbis se in eas usuras obligavit: ita iure fit, ut in eas obligetur, sintque in eius obligatione. Quid enim prohibet: cum spondeat de his usuris, quas prius reus præstare debeat? Prohibet, inquiunt, ratio principalis obligationis, et conditio obligationis fideiussoriæ. Nam hæ usuræ a reo principali non ita debentur ex mora, ut sint in obligatione, sed officio iudicis tantum præstentur. Ex quo absurdum videri volunt, ut sint in obligatione fideiussoria: quia ita sit conditio fideiussoris, ut in duriorem caussam non possit obligari. Sed etiam longe, si putant nihil posse esse in obligatione fideiussoris, ut id iure civili debeatur ex stipulatione, nisi quod pariter et eodem iure a reo debeatur. Quod naturaliter quis debet, nec debetur iure civili, nec iure ab eo peti potest. *L. naturales, infr. de ob. et act.* Naturali tamen obligationi recte accedit fideiussor, non tantum ut eo nomine obligetur iure civili, sed etiam ut utilis sit adversus eum petitio: *L. 1. L. fideiussor. 16. §. pen. infr. de fid.* At quanto plus est in præstatione earum usurarum, quæ in bonæ fidei contractibus ex mora debentur, quam in naturali obligatione? Naturaliter obligatus, nulla necessitate rei præstandæ tenetur. Usuræ autem superiores ita debentur a reo ex mora, ut et iure postulari possint, et reus in eas conveniri, et conventus bonæ fidei iudicio eas præstare cogatur. Tot enim de hac præstatione prodita legimus. *L. initio, C. de pact. int. em. et vend. L. mora, §. in bonæ, infr. de usur. d. L. quæro, locat.* Quare si fideiussor naturali obligationi ita adhiberi potest, ut ultro conveniri possit, quod non est in obligatione principali: multo magis in usuras ex mora debitas acceptus ita tenebitur, ut sint usuræ in obligatione fideiussoria; et eas debeat iure civili, in quas et reus poterat conveniri. At fideiussoris conditio durior esse non potest. Non efficitur hic durior, cum reus in easdem usuras teneatur, et quidem ita, ut præstare necesse habeat. At tenetur alio modo, alioque iure: nempe officio iudicis. Hoc non facit in re deteriorem conditionem fideiussoris, cum re ipsa et reus idem præstare debeat. Spectamus autem, quid præstare debeat reus, non quomodo, quove iure, ut accedens fideiussor obligetur: alio-

qui

qui nec naturali obligationi recte accesserit. At etiam diserte de his usuris traditum est, eas non esse in obligatione, sed officio iudicis præstari. *d. L. quæro, loc. L. qui per, §. 1. infr. de act. em.* Sed hoc dictum esse de usuris quæ a reo ipso ex mora eius debentur, et quatenus ab eo petuntur, aut peti possunt, liquet ex *d. L. quæro.* Nec vero de aliis intelligi potest. Nam quæ petuntur a fideiussore, etsi non aliæ sunt, quam eæ, quas prius reus ex mora debuit, non tamen fideiussor eas præstare cogi potest officio iudicis: ut dixi, non conveniatur actione bonæ fidei, cui accessit; sed ex stipulatione, qua se obligavit. In actionem autem ex stipulatu nihil amplius venit, quam quod comprehensum est stipulatione, nec longius progreditur officium iudicis eius actionis: *d. L. quia, supr. de neg. gest.* nisi quod in hac actione, ut et in cæteris stricti iuris post litem contestatam caussa præstanda est. *L. videamus, §. si actionem, infr. de usur.* sed in hoc numero non sunt usuræ. *L. 1. C. de cond. ind.* Sit ergo hoc effectum, fideiussorem in *L. quæro*, obligantem se in omnem caussam conductionis, aut, quod idem est, in universam conductionem, his verbis obligasse se sua sponsione etiam in usuras, quæ ex mora rei officio iudicis debeantur. Nec impediri obligationem, quia reus principalis non item ex obligatione illa debeat: quoniam ad constituendam obligationem fideiussoris non sit necesse, ut reus, quod præstare debet, eodem iure debeat. Satis sit, si teneatur ita, ut præstare cogendus sit, etiamsi officio iudicis. Imo vero satis eum vel natura debere, etiam si nulla necessitas sit præstandi. Hinc fieri, ut quæ usuræ in hac specie officio iudicis a reo debeantur, incipiant a fideiussore iure stipulationis deberi, eoque et sint in fideiussoria obligatione. Quo constituto, fit utrumque illud, quod supra hinc sumi dixi, ut et ratio responsi illius sit exposita, et simul intelligatur, quam nihil ei sententiæ aut hoc responsum Africani, aut iuris ratio adversetur. Non mirum ergo, si illic fideiussor eas usuras ob moram debet præstare: quippe ea conditione se in eas obligavit. Obligatur fideiussione sua citra controversiam in sortem: obligetur et in usuras ex mora debitas, quas eodem modo fide sua esse iussit. Similiter et de hoc loco hinc iam expedita responsio est. Vult hic Africanus ex mora rei non teneri fideiussorem in id quod actoris interest, Capuæ solvi. Id caussæ est, quia in id se non obligavit, ut mox dicetur: at obligavit se apud Paulum in usuras, quas ex mora rei præstare debere dicitur. Definit hoc loco idem Africanus in universum, non oportere ex mora rei obligationem fideiussoris augeri.
24 † Ne tunc quidem augetur eius obligatio, cum usuras ex mora rei debitas præstat, in quas se obligavit. An quod hæ usuræ iure non sunt in fideiussoris obligatione? Sed et in obligatione fideiussoria esse ostendi: et si non essent, tamen satis docui, vere dici augere fideiussoris obligationem id omne, quos is per occasionem eius obligationis amplius præstare cogeretur. Cur ergo ea præstatione usurarum non augetur fideiussoris obligatio? Quia inquam, in eas se itidem ut in sortem fideiubendo obligavit. Non dici augeri obligatio fideiussoris, ubi servatur obligatio eius, quæ initio fuit, nec quidquam ei adiicitur. At in specie *L. quæro*, obligatio fideiussoris a principio constituta est in omnem caussam et præstationem conductionis: eoque in sortem et usuras sortis ex mora rei eo iudicio debitas. Quæ res facit, ut dum ex conditione præstabit fideiussor eas usuras, nihil obligationi constitutæ adiiciatur, sed obligatio servetur. Quapropter præstatione earum usurarum obligatio fideiussoris in eas quoque initio constituta nequaquam augetur. At saltem adhuc obstare videbitur ratio iuris, quod dicamus fideiussorem ex mora rei teneri in usuras: cum ius vetet, facto alieno quemquam onerari, seu factum alienum nocere ei, qui ipse nihil fecit. *d. L. in caussæ, supr. de proc. d. L. de pupillo, §. si plurium, infr. de op. no. nunt.* Imo et hoc superiore obligatione constituta facile diluitur. Qui obligavit se in usuras, quas reus ex mora debiturus est, si eas ex conditione præstabit, non debet dici ex mora rei eas præstare, sed sua obligatione: non alieno facto teneri, sed suo. Promisit quidem sub conditione, si reus moram faceret: ut non possit nisi reo moram faciente, ac propter eius moram in eas usuras obligari. Sed non si reus moram fecerit, ideo fideiussor usuras ex eius mora debebit; sed ex stipulatione et fideiussione sua, cuius conditio exstitit. Similiter ut evenit in ea stipulatione, qua reus promisit per se non fieri, neque per heredes suos, quominus mihi ire agere liceat. In qua mortuo promissore si unus ex heredibus eius me prohibeat: placet cæteros eo facto teneri: non tamen ut ex facto coheredis hæc obligatio nascatur, ne quis dicat alienum factum ei nocere, qui nihil fecerit; sed

sed ex stipulatione hereditaria, quæ omnes heredes promissoris pro portione hereditaria obligat: atque huius conditio, uno ex heredibus contra quam cautum est faciente, exstitit. *L. inter*, §. *quod ex facto*, *supr. fam. erc.*

Dixi de usuris ex mora rei in bonæ fidei iudicio debitis, quas volumus a fideiussore quoque debere præstari, si fideiubendo se in eas obligarit: quod illum fecisse in specie, *L. quæro*, apparuit. Aio idem esse et de eo quod actoris propter locum interest in actione arbitraria, siquidem, et in id fideiussor se obligarit: ne forte cum has accessiones eodem modo ex mora rei et officio iudicis præstari constiterit, in his aliquid diversi iuris ad earum præstationem præter rem inducamus. Cur ergo hic negat Africanus, id quod interest, de quo quæritur, ex mora rei a fideiussore præstandum, cum fideiussor simpliciter et indefinite sit acceptus? quia verbis fideiussor is in sortem Capuæ debitam se obligavit in id quod extra eum locum actoris interest. Quod si ita est: omnia in utroque responso bene se habent, et utrumque cum altero, ac cum rationibus iuris et æquitatis optime congruit. De quo reliquum est,
25 ut videamus. † Et fortasse quis dixerit, hanc significationem, eoque et dissimilitudinem fideiussoris utriusque loci non longius petendam, quam ex his verbis: quod in *L. quæro*, proponitur fideiussor se obligasse in omnem caussam conductionis: hic autem tantum dicitur fideiussor acceptus: ut intelligatur acceptus nomine eius stipulationis, seu in eam stipulationem, quæ præcessit. Interesse nimirum, utrum is obliget se nominatim in omnem caussam contractus præcedentis; an simpliciter in contractum præcedentem: ut si quidem omnem caussam contractus dixit, obligetur in omnem rem, quæ potestate eius contractus præstanda est. Sin tantum dixit stipulationem aut contractum præcedentem, nihil amplius debeat, quam quod proprie in obligatione est, et debetur ex eo contractu. In quo genere non sunt aut usura, aut id quod actoris interest, cum hæc ex mora rei præstantur officio iudicis. *L. ult. infr. eod. d. L. quæro*, *locat. L. qui per* §. 1. *infr. de act. em.* Idque videtur suadere primum verbum *caussæ*: quo verbo, ut ante dixi, omnis utilitas, quæ ex re percipi potest; continetur *d.* L. *præterea*, *supr. de rei vind. L. pen.* §. *pen. supr. si usufr. pet.* Absque eo autem hæc utilitas non item facile intelligitur. Deinde huius ipsius verbi inculcatio studiosa apud Paulum in *d. L. quæro.* Quod enim dicit, fideiussorem conductionis in specie illic proposita usuras pensionum ex mora rei præstare debere: nominatim id se respondere dicit hac conditione, si fideiussor in omnem caussam conductionis se obligavit: et ut ostendat se his ipsis verbis ad id respondendum moveri: mox idem sine conditione respondens, et ratione confirmans, non novis verbis utitur, sed omnino iisdem, veluti ἐμφατικῶς: ut dicat, *cum fideiussor in omnem caussam se applicuerit.* Quæ omnis diligens eiusdem verbi repetitio pro ratione posita, eo spectare videtur, ut significet Paulus, si fideiussor his verbis aut aliis idem significantibus, nominatim usus non fuerit in fideiubendo, se idem non fuisse dicturum; sed magis idem, quod Africanus hoc loco. Et prima fronte dicitur hoc valde probabiliter. Ac retinendum censerem ut expeditissimum ad horum locorum conciliationem, nisi alii loci nos docerent, iuris auctoribus, atque adeo huic ipsi Paulo nihil interesse ad omnem fideiussoris præstationem, utrum is se obliget in totum contractum præcedentem, an vero in omnem caussam contractus; sed utraque oratione vice mutua idem significari, et ad obligandum eum idem valere. Quod ex his non obscure intelligitur. Paulus in *L. quæro*, ait fideiussorem conductionis teneri in usuras pensionum per moram coloni non solutarum, si se obligaverit in omnem caussam conductionis: quod et de usuris empti scriptum est in *L. initio*, *C. de pact. int. em. et vend.* si fideiussor in omnem caussam empti se obstrinxerit. At idem Paulus alibi tantundem respondet de fideiussore conductionis, si fideiussor se obligarit in omnem conductionem, *L. fideiussores magistratum*, 68. §. 1. *infr. de fid.* Tantundem Ulpianus de eodem fideiussore, si is fideiusserit pro conductore in universam conductionem. *L.* 2. §. *ult. de administr. rer. ad civit. pertin.* Proinde et si se obligasset in conductionem ipsam, idem responderent. Qui enim conductionem præcedentem dicit, totam dicit: quia hæc præcessit tota, non pro parte tantum. Ergo in conconductionem omnem, seu in conductionem quæ præcessit, valet idem, quod in omnem caussam conductionis: et e converso. Ac ne quis in contractu bonæ fidei tantum id recte dici existimet, apertius etiam in concontractu stricti iuris eodem auctore Paulo intelligitur. Nam qui fideiussor simpliciter stipulationis præcedentis nomine acceptus est,

hunc

hunc ille interpretatur *in totam* caussam spopondisse: ut sit sensus: spopondisse, eum, quidquid reum ex ea caussa dare oporteret. *L. si servum*, §. *nunc videamus*, *infr. de verb. obl.* Idem Paulus fideiussorem qui pro mutuo se obligavit, dicit in omnem caussam acceptum, quæ ex ea numeratione nasci posset. *L. si quis pro eo*, 56. §. *si nummos infr. de fideiuss.*

Ex quibus palam fit, quod dixi, et eum fideiussorem qui simpliciter in contractum præcedentem se obligat, obligare se in omnem caussam contractus: et qui aperte in omnem caussam spondet, nihil amplius spondere, quam si se in contractum ipsum obli-
26 garet. † Quid ergo relinquitur in forma fideiussionis huius loci, unde colligamus, fideiussorem non obligasse se in accessionem eius quod actoris propter locum interest, similiter ut in specie *L. quæro*, obligatur in accessionem usurarum: ubi fateamur eum utrobique se obligasse in omnem caussam præcedentis contractus? Dissimilitudinem facit non forma horum verborum, ut dicat fideiussor se spondere in omnem contractum, aut in omnem caussam contractus; sed species contractus cui fideiussor se applicat. Ut enim contractus præcedens pro natura et potestate eius iudicii superiores accessiones ex mora rei admittit, aut non admittit: ita fideiussor in eum contractum se obligans, verbo ipso contractus de iis accessionibus spondere, aut non spondere intelligitur. Interest igitur, utrum obliget se in contractum bonæ fidei, veluti conductionem, ut sit in L. *quæro*; an vero stricti iuris, veluti stipulationem, ut hoc loco. Qui se in contractum bonæ fidei obstringit, sive in omnem contractum dicat, sive in omnem caussam contractus: etiam usuras ex mora rei debebit: quia et hæc præstatio contractu bonæ fidei continetur. Usuræ enim in contractibus bonæ fidei ex mora debentur. *d. L. mora*, §. *in bonæ*, *infr. de usur. L. initio*, *C. de pact. int. em. et ven. com.* Puto debiturum et id quod actoris interest propter locum, si forte et id in hunc contractum incidet. Ut, si proponas in locatione convenisse, ut pensiones Capuæ solverentur, et fideiussor totius eius condictionis acceptus sit: putem fideiussorem non tantum teneri ex mora rei in usuras pensionum; sed etiam ex eadem mora in id quod actoris interest, Capuæ solvi, si cum reo alibi ageretur, et similiter nunc agatur cum fideiussore. Ageretur enim in eam rem etiam alibi actione bonæ fidei ex ipso contractu, non actione arbitraria. *L. in bonæ*, *supr. eod.* continebitur igitur et hoc posterius eo contractu, eaque actione. Est enim æquum id alibi agenti præstari. *L.* 2. §. *ult.* iuncta *L.* 4. *in fin. supr. eod.* continentur autem bonæ fidei contractu omnia, quæ æquum et bonum est præstari, non tantum iudicii potestate, sed etiam natura: quia est ex bona fide. §. *in bonæ*, *Inst. de act.* Nec Paulus in *d.* L. *quæro*, rationem reddere volens, cur fideiussor teneatur in usuras conductionis aliam reddit, quam hanc: quod fideiussor in omnem caussam conductionis se obligans, perinde facere videatur ex natura contractus, quasi promisisset, in quantum reum ex bona fide condemnari oporteret. At qui pro stipulatione, centum Capuæ dari, intercessit, etsi maxime in omnem caussam eius stipulationis etiam nominatim se obligarit: tamen non tenebitur ex mora rei in id quod actoris interest, eam pecuniam potius, quam alibi solvi: non alia id quidem ratione, quam quod se in eam accessionem non obligavit. Sed ideo non obligavit, quia obstrinxit se tantum in stipulationem, et ea quæ sunt stipulationis. Hæc autem accessio nullo iure continetur stipulatione, ut inde præstanda sit, aut ex obligatione, aut officio iudicis. Nullo denique iure debetur ex stipulatione, sive stipulationem ipsam spectes, sive actionem, quæ ex ea stipulatione nascitur. Non sane ex stipulatione: quippe qua centum promissa sunt, nihil amplius: nec in stipulationem venit, nisi quod verbis comprehensum est. *L. quidquid*, *infr. de ver. obl.* §. *ult. Inst. de obl. ex cons.* Non ex actione, quæ inde nascitur: quoniam ex eo contractu actio non competit alio loco quam Capuæ. *L.* 1. *supr. eod.* At eo loco si agitur, ipsa sola summa promissa petitur, nec amplius quid, ut est in *L.* 4. *in pr. eod.* At enim, dices: alibi quoque agi posse placuit, et ita quidem, ut si agatur, placet etiam ex mora rei rationem haberi, quanti interfuerit actoris Capuæ potius, quam alibi solvi. *L.* 1. §. *ult. supr.* Sed hoc neque ex stipulatione est, neque stipulationis natura aut æquitate accidit; sed præter aut etiam contra stipulationem, actione utili arbitraria propter utilitatem alio loco comparata. *d. L.* 1. *supr. eod.* Ita fit, ut nunquam sit hæc præstatio ex stipulatione: eoque nec de ea quidquam spondeat fideiussor, qui se in stipulationem tantum obligavit. De usuris ex mora rei a fideiussore non præstandis, nihil necesse est hic dici, quia nec a promissore ex mora debentur: cum sit hæc tantum bonæ fidei iudiciorum propria præstatio. *d. L. mora*,

§.

§. *in bonæ*, *de usur. L. quia*, *supr. de neg. gest. L.* 3. *C. de usur. L.* 1. *C. de cond. ind.* ideo de ea accessione hic non quæritur. De altera, eius quod actoris interest, potest dubitari: cum id in actione arbitraria debeatur officio iudicis. Quamobrem et de ea accessione hic ambigitur. Sed non minus et hanc a fideiussore ex mora rei præstandam negamus, quia nec ex stipulatione veniat.

27 Summa † omnis huc redit, quam ad sententiam et rationem huius loci, nec non ad conciliationem *L. quæro*, notari volumus: Quod fideiussor stipulationis, centum Capuæ dari, alibi conventus, ex mora rei non tenetur in id quod ultra sortem actoris interest, Capuæ potius quam alibi solvi: eo fieri, quod fideiussor verbis fideiussionis in eam summam se non obligavit. Cur autem intelligatur se non obligasse potius, quam in specie *L. quæro*: in caussa esse contractum principalem, in quem hic fideiussit: stipulationem videlicet, cuius natura et potestate hæc præstatio non continetur: nec de obligatione fideiussoris quidquam statui potest, nisi ex verbis et forma fideiussionis. Contraria de caussa in specie *L. quæro*, usuras a fideiussore ex mora rei præstari: quia ibi se in conductionem obligasset, in quam hæc præstatio veniret potestate et natura iudicii. Quod si in proposito fideiussor in illud quod actoris interest, aperte se obligasset, ut sponderet et centum Capuæ, et quod reum alio loco conventum arbitraria actione dare oporteret: nemo iuste dubitaverit, quin is in eam accessionem ex mora rei teneretur. † Illud dubitari potest, an tunc id quod interest deberetur a fideiussore, essetque in eius obligatione: quod isti negant. 28
Sed cum dicamus fideiussorem hoc casu teneri in eam summam, quia fideiubendo in eam se obligarit: absurde negemus esse in obligatione eius, in quod obligatum eum esse fateamur. Nisi forte iuxta istorum rationem dicamus, fideiussorem huius stipulationis spondere posse verbis de accessione eius quod interest, at iure non obligari: quia nec ea sit in obligatione principali: non possit autem fideiussoris durior esse conditio. Sed et iam satis de eo supra respondisse videor, cum agerem de usuris, quas dicebamus in specie *L. quæro*, ideo ex mora rei a fideiussore præstari, quia se in eas obligasset, ac iure obligasset: et cum huiusmodi fideiussionem esse statuam, in specie *L. ult. infr. eod.* ibi de hac parte commodius dicetur. Quæ de effectu partis sortis solutæ in extremo hic dicuntur, ea ad explicandum in eandem *L. ult.* reiecimus, ubi ex professo de hac specie respondetur.

Ad L. Is qui certo. 10.

Ulpianus lib. 42. ad Sabinum.

Is, qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest.

SUMMARIA.

1. et 6. *Certo loco quod debetur, alio loco solvi non potest invito creditore, quamvis reus offerre se dicat, quod creditoris interest: et quomodo id accipiendum.* num. 6.
2. *Loco alio peti potest ab actore: alio loco solvi non potest a reo, cur?*
3. *Alio loco solvi non potest: alio die cur potest?*
4. L. continuus, §. cum ita, de ver. ob. *conciliata cum hoc loco.*
5. *Alio loco solvi posse ex iusta caussa, et quæ hic iustæ caussæ.*

QUod certo loco promissum est, id potest creditor alio loco petere. *L.* 1. *et tot. tit. supr.* Mirum ergo videri potest, si non et promissori liceat solvere alio loco, ut quod actori conceditur ad petendum, id permittatur et ad solvendum reo. Quod et regula iuris effici videtur, quæ dictat, non debere actori licere, quod reo non permittitur. *L. non debet actori*, *infr. de reg. iur.* † Adversus hanc dubitationem 1
definitio hic diserte scripta est, promissorem non posse ullo alio loco solvere invito stipulatore. Neque quidquam adiicitur de promissore, an is præter sortem non offerat creditori id quod illius interest, loco constituto pecuniam solvi. Unde intelligi-

ligitur sive id non offerat, sive offerat, idem iuris esse. Arg. in *L. 9. §. animadvertendum, supr. quod met. cau. L. item veniunt, §. a quo, supr. de pet. her. L. de pretio, supr. de publician.* Confirmaturque hæc sententia *L. obsignatione, C. de solut.* Ubi scribitur, quamvis totius pecuniæ debitæ obsignatione liberationem non contingere, nisi et suo loco obsignetur. Confirmatur item ratione iuris certa. Nam cum locus solutioni initio dictus est, stipulatio certam conditionem accepit, ut pro commodo utriusque ex contrahentibus eo loco solveretur. Hanc conditionem ut stipulator invito reo mutare non potest: *L. vero. 12. vers. pen. infr. de solut.* sic nec reus invito stipulatore. *L. habere, in fi. infr. de evict.* Denique ius alteri semel quæsitum, invito auferri non potest. *L. ult. supr. de pact. L. 2. supr. de iis qui sunt sui, vel alie. iur.* Nec ad rem pertinet, si quis dicat, pecunia alio loco oblata, nullam fieri iniuriam creditori, si ei præter sortem offertur omne, quod eius interest. Semper enim in promptu parata ei defensio futura est, dum dicet pluris sua interesse propter loci constituti opportunitatem et commoditatem. Sed de eo in exceptione paulo post plura. Nunc ipsi definitioni quædam obstant, quæ ante diluenda sunt. †
2 Ac primum quid dicimus ad illam æquitatem iuris, quam initio commemoravi, qua placet, quod actori licet, id multo magis reo permittendum: cum favorabiliores sint rei, quam actores? *d. L. non debet actori*, L. *favorabiliores, infr. de reg. iur.* Nempe tandiu reus favorabilior habendus est, ut ei tribuatur, quod permittitur actori: quandiu in reo aut maior, aut par ratio idem suadet. Ubi autem certa aliqua de caussa quid tribuitur actori: semper probandum est, deficiente ea caussa in reo, nec in reo id ius locum habere posse. L. *in omnibus caussis id observatur, infr. de reg. iur.* L. *quod dictum, supr. de pact.* Id autem in hac re accidit. Ideo enim creditori licet alio loco petere, quia nisi liceret, ius suum amitteret. *L. 1. sup. eod.* Hoc periculum in reo alibi solvere parato metuere non possumus. Ut enim maxime hoc illi non permittatur: non ideo pecunia ibi recusata quidquam amittet, sed potius pecuniam suam hoc modo apud se retinebit. Non ergo ei tribuendum est, ut in necem creditoris alibi solvat, ubi ad ius illius tuendum non est necesse. Opponitur præterea loco adiecto exemplum diei adiecti. Nam quod certa die promissum est, licet solvere et ante diem, et quidem statim. *L. quod certa, infr. de solut.* quod et invito stipulatore fieri posse dilucide probavimus ad *L. eum qui Calendis, §. ult. infr. de verb. obl.* Quid ni igitur, quod certo loco promissum est, liceat alio loco etiam invito stipulatore solvere? † Sed alia caussa est diei, alia loci consti- 3
tuti. Dies solutioni solius debitoris caussa adiicitur, nisi quid aperte constet adiici creditoris caussa. *d. L. eum qui Calendis §. ult. de ver. obl.* Proinde licet debitori et huic iuri pro se introducto renuntiare. L. *pen. C. de pact.* Locus solvendi adiicitur utriusque caussa tam stipulatoris, quam promissoris, propter eas utilitates, quæ singulis locis ab utroque percipi possunt, de quibus supra in *L. 2. §. ult. et L. 3.* Quapropter nec sic promissor huic commoditati renuntiare poterit, ut de alienis commoditatibus statuat. Adde commodum et incommodum utriusque solutionis: Debitor cum ante diem solvit, tantum abest, ut creditori detrahat, ut etiam illi adiiciat. Nam præter sortem præstat creditori etiam interusurium medii temporis. Unde et plus solvere videtur. *§. plus autem, Inst. de act.* Contra alio loco solvendo aufert creditori loci constituti utilitatem. Meliorem alterius conditionem facere licet: deteriorem non licet. *L. solvendo, supr. de neg. gest.* † Po- 4
stremo remota omni obliqua obiectione sumpta ex comparatione vel creditoris, vel diei adiecti, recte videtur contrarium huic loco dici in *L. continuus, §. cum ita, infr. de ver. ob.* ubi diserte scriptum est, promissorem, qui Ephesi se daturum promiserat, posse ubique solvere, non tantum Ephesi. Verbum *posse* ad facultatem promissoris refertur, et significat posse eum etiam invito stipulatore: ut, cum dicitur, quod certa die promissum est, vel statim dari posse. *L. quod certa, infr. de solut.* Quod et verum est: nisi manifestum sit, aliud sensisse scriptorem. At licet animadvertere Venuleium in *d. §. cum ita*, superius illud dicere de eo promissore, qui stipulatori alio loco accipere parato soluturus esset. Quinimo proponit eum stipulatorem, qui alio loco pecuniam condicebat. Huic quidem si alio loco solvitur, pespicuum est non nisi volenti atque adeo ultro petenti solvi. Sane vero volenti alio quovis loco recte solvitur: invito solvi non potest: ac de invito huius loci definitio est. Quod dicitur in *L. 2. §. Scævola, vers. et generaliter, supr. eod.* reum qui promisit Ephesi aut Capuæ se daturum, ante peti-

tio-

tionem habere electionem, ubi solvat: de electione duorum illorum locorum constitutorum scriptum est: ut sit sensus, esse in potestate debitoris, utro ex his locis solvat. Quod ne in speciem quidem huic loco adversatur. Qui enim ex duobus constitutis locis unum eligit, semper verum est, hunc solvere eo loco, quo promisit. Hic de eo agitur, qui alio loco solvit, quam in quo
5 promisit. † Sciendum tamen est, quod simpliciter hic definitur, temperari exceptione in *L. usuras* 8. *C. de solut.* nisi iusta caussa sit, cur alio loco solvi permittatur. Quod ut intelligatur, hæc illic communis definitio est: *Ratio exempli non sinit permittere*, (sic enim legendum, ut eam lectionem et Accursius agnoscit: nam promittere ut vulgo legitur, ratio sententiæ repudiat) non sinit, inquam, permittere, idest, ut permittamus, *usuras quæ quotannis in in urbe numerandæ sunt*, *alio loco deferri*, aut, ut in aliis exemplaribus legitur, *dependi*. Hoc de usuris certo loco promissis ita dicitur, ut sub una specie ad omnes res eodem modo promissas pertineat. Hactenus ergo communis cum hoc loco definitio, ut dixi. Sed additur illic exceptio, ut non sit permittendum alio loco pecuniam solvi, *nisi ex iusta caussa*. Quod et huc transferendum est. Est enim hæc exceptio, quam si nusquam alibi diserte exstaret, tamen ultro intelligi oporteret: quam eandem in omni iure, quod verbis præcise constitutum est, passim a veteribus adhibitam osbservare possumus, ut *L. quamvis*, *supr. de in ius voc.* *L.* 4. §. 1. *infr. de re iud.* *L.* 4. §. *pen. supr. de in lit. iur.* *L. si longius*, §. 1. *supr. de iud.* *L. pen. supr. de in int. rest.* et recte. Est enim æquum quid concedi, si est ex iusta caussa: semper autem in iure æquitas spectanda est. *L. in omnibus quidem*, *infr. de reg. iur.* Genere autem duplex iusta caussa esse potest, cur solutio alibi admittatur: vel quia loco constituto solvi non possit: vel quia nihil intersit, creditoris eo loco solvi. Accidere multis modis potest, ut non possit solvi eo loco, quo promissum est. Quid enim, si locus esse desierit, aut vastatus bello, et eversus, ut olim Carthago, et Corinthus; aut obsorptus chasmate, ut Laodicea, Hierapolis; aut a mari occupatus, ut pleraque loca patrum memoria in inferiore Germania? His locis, quæ non sunt, ne si velimus quidem, solvi quidquam potest per rerum naturam. Quid, si locus occupatus sit ab hostibus, ut iam neque eo veniri possit, neque quidquam adferri ad solutionem, quod nostrum sit? Quid si itinera ab hostibus interclusa, ut ea commeari non possit? Non debet fraudi esse reo, si non veniet in eum locum, a quo vi maiore prohibeatur. Et vero impossibilium nulla obligatio est. *L. impossibilium*, *infr. de reg. iur.* Sed etsi creditoris nihil intersit loco constituto solvi, audiendus est debitor, si alibi creditori sine incommodo eius offerat. Nec uno modo potest accidere, ut loco constituto solvi creditoris nihil intersit. Finge quem stipulatum esse Ephesi sibi centum dari: quod negotiator esset, solitus ibi merces comparare, quique eò retulerat solutionem, ut ad merces comparandas paratam pecuniam ibi haberet; creditore autem mortuo, bona rediisse ad eos heredes, qui mercaturam non exercerent, neque per se, neque per alium: puta nobiles, aut eos qui in toga Rempub. administrent. Finge creditorem non negotiatorem Ephesi dari stipulatum, quia illic pecuniam debuit, quam pecunia promissa dissolvere cuperet: post autem constare illic debere desiisse. Non debent postulare aut illic heredes aut hic creditor pecuniam Ephesi sibi solvi ubi id fieri eorum nihil intersit. Malitiosa enim hæc postulatio est, ex qua nihil laturi sint, nisi ut molestiam exhibeant, et officiant reo. Malitiis non est indulgendum. *L. in fundo*, *supr. de rei vind.* *L. si cui*, *supr. de servit.* Tum autem ne per stipulationem quidem id petere conceditur; siquidem inventæ sunt stipulationes, ut unusquisque acquirat, quod sua interest. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *infr. de verb. obl.*

Proinde † idem dicemus, etsi intersit 6
creditoris loco constituto solvi, aut certe dubitari possit, an intersit; debitor autem id quod interest, una cum sorte alibi offerat: dummodo certam pecuniæ summam exprimat creditor, ad quam usque sua interesse dicat, ut et de ea constet inter contrahentes. Sic enim fit, ut dum id offert debitor, actoris interesse desinat vel ipsius confessione; ut iam nihil habeat, quod quæratur. Sed et hoc modo debitor vere totum offert, quod debet. Obsignatione totius pecuniæ debitæ liberatio contingit. *L. obsignatione*, *C. de solut.* Solum hoc videndum est, ut si alibi pecunia offeratur, offeratur idoneo loco. *L. mora*, *in pr. infr. de usur.* Is erit idoneus, ubi creditor accipere possit sine incommodo: puta ubi domicilium habeat, aut ubi pecunia indigeat ad creditoribus dissolvendum, et aliam ibi non habeat. Alioqui creditor iuste solutionem recusaverit, nec recusando moram faciet. *L. qui decem*, *infr. de solut.*

Ad L. ult. Si post moram.

Paulus lib. 4. Quæst.

Si post moram factam, quo minus Capuæ solveretur, quam arbitraria vellet agere, fideiussor acceptus sit eius actionis nomine: videamus, ne ea pecunia, quæ ex sententia iudicis accedere potest, non debeatur, nec sit in obligatione, adeo ut nunc quoque sorte soluta, velut si Capuæ petatur, arbitrium iudicis cesset. Nisi si quis dicat, si iudex centum et viginti condemnare debuerit, centum solutis ex universitate, tam ex sorte, quam ex pœna solutum videri: ut supersit petitio eius, quod excedit sortem, et accedat pœna pro eadem quantitate. Quod non puto admittendum, tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam, etiam remisisse pœnam videatur.

SUMMARIA.

1. *Sententia summa huius L.*
2. *Species facti, quæstio, responsum, pluribus demonstrata.*
3. *His verbis*, videamus, ne, *affirmationem non dubitationem significari.*
4. *Fideiussore arbitrariæ actionis nomine accepto, pœna, seu id quod actoris propter locum interest, ab eo debetur in proposito, estque in eius non solum præstatione, sed etiam obligatione.*
5. *Forma fideiussionis alia, cum fideiussor accipitur stipulationis præcedentis nomine, ut* L. centum; *et cum accipitur nomine arbitrariæ actionis, ut hic in* L. ult.
6. *Accessio eius quod propter locum interest, est in obligatione fideiussoris, st se arbitrariæ actionis nomine obligavit, tametsi non fuerit accessio in obligatione rei.*
7. *Idem est, et si fideiussor acceptus sit, cum ea accessio a reo nondum deberetur.*
8. *Pœna cum dicitur hoc loco non deberi nec esse in obligatione, intelligendum non deberi á reo, nec esse in obligatione rei.*
9. *Pœna quæ dicatur accedere sententia iudicis.*
10. *Arbitrium iudicis de eo quod interest cessare sorte soluta, quid sit.*
11. *Sorte creditori soluta, nullam superesse actionem nec de eo quod actoris propter locum interest: aliter; si sors soluta sit Adiecto.*
12. *Obiectio hic posita explicatur.*
13. *Pœna hic vocatur id, quod actoris propter locum interest, et cur.*
14. *Remissio pœnæ non continuo est, etsi creditor sortem acceperit.*
15. *Pœna in proposito remissa et iure et voluntate creditoris, hoc ipso quod sortem creditor accepit: et quare.*
16. *Pecuniam simpliciter qui solvit, in sortem tantum solvere intelligitur, non etiam in pœnam aut accessionem, quæ officio iudicis tantum debebatur.*
17. *Pœnæ petitio superest, etiam sorte soluta, si creditor sortem accepit hac lege et testatione, ut sibi salvum esset quod sua interest.*

1 IN extremo L. *centum*, *supr*. dixerat Africanus, sorte quæ Capuæ debebatur, post moram factam soluta, non solum eius sortis, sed etiam eius quod actoris interest, quod arbitraria actione accedere poterat, petitionem tolli pro portione sortis solutæ: quia præstatio posterioris pecuniæ ea esset, quæ sortis petitioni accederet, committereturque officio iudicis eius actionis. Eandem sententiam Paulus hoc responso statuit: in eaque re una totum versatur. Ac ne videatur otiosum, duo hic adduntur, quæ illic omissa sunt. Nam et Paulus in ea specie, de qua maior dubitatio esse poterat, idem statuit: et ne dubitetur ita esse, additis propriis rationibus, tum obiectione quæ contra facere videbatur, remota, eam sententiam confirmat. Docet igitur, adeo verum esse, sorte soluta, tolli petitionem eius pecuniæ quæ ex sententia iudicis in arbitraria actione accedere potest, idest, eius quod actoris interest, Capuæ solutum esse: ut etiam tunc verum sit, etsi post moram iam a reo factam fideiussor datus sit arbitrariæ actionis nomine, idque tum cum et creditor ea actione experiri vellet. Quam ut summam hic quæstionem, et sententiam Paulo propositam esse statuamus: observetur ad eam probandam cætera referri. Principio enim rationem ponit,

nit, ex qua id necessario sequitur. *Ea pecunia*, inquit, *quæ ex sententia iudicis accedere potest, nec debetur, nec est in obligatione*. Nempe hinc consequens est, nec eam pecuniam peti posse, nisi principali actione, quæ est de sorte, proinde actione principali sublata (quod sorte soluta contingit) nullam omnino de ea pecunia petitionem superesse. Deinde id, quod contra dici poterat, diluit, negans verum esse, et cur neget, rationem reddens. Omnia ergo, ut dixi, ad unam illam sententiam, quam proposui, referuntur: ut appareat, et de ea re una hic quæstionem fuisse.

2 † Species facti, quando ex ea omnis hic quæstio nascitur diligenter spectanda est. Ea breviter initio hic ponitur; commode quidem, et quod ad intelligendum sit satis: obscurius tamen fortassis, quia brevius. Quæ sic explicanda est: Qui centum Capuæ promiserat, transacto tempore, quo perveniri poterat Capuam, moram fecerat, quominus Capuæ solveretur: dum aut Capuæ quæsitus a creditore inventus non est; aut inventus et interpellatus non solvit, iuxta *L. sed etsi, in fi. L. mora, in pr. infr. de usur.* Conveniebatur alibi a creditore ut iuris est, arbitraria actione: cuius potestas hæc est, ut præter centum Capuæ promissa æstimari deberet, quanti interfuisset actoris, Capuæ potius solvi, (puta interfuisse ad viginti) et reus in tantam summam condemnari. L. 2. *in pr. et §. ult. supr.* L. *unic. C. ubi conven. qui cer. loc.* Id metuens reus egit cum creditore, ut vellet alicuius temporis moram non moleste ferre: fore pollicens, ut aliquando post ei solveret: et ut ita futurum sibi certius promitteret, fideiussorem obtulit. Accepit conditionem creditor, ac fideiussor ei datus est. In quo fideiussionis forma observetur. Datus est enim non stipulationis centum Capuæ dari, nomine: non eius quod ex ea stipulatione deberetur; sed nomine actionis arbitrariæ eius, qua creditor experiri volebat. Quibus verbis hoc exprimitur, fideiussorem datum esse, qui fide sua esse iuberet, quantum reum ea actione arbitrio iudicis præstare oporteret: in quo et id quod actoris propter locum interest, contineri traditur in L. *centum supr.* Hactenus facti species hic exposita. Quæstio omissa est: sed quæ ex responso subiecto non difficile intetelligitur. Ut sunt igitur ea, quæ de sententia huius loci supra indicavi: quæsitum est, cum post hanc fideiussionem centum creditori soluta essent, atque his ultro acceptis vellet creditor amplius et quod sua interest, consequi, deque eo agere, an posset. Respondet Paulus, eam pecuniam, de qua quæritur, non deberi, nec esse in obligatione: quæ licet præstanda, tamen ex sententia tantum iudicis pro arbitrio ipsi commisso accedit. Hinc consequens esse, ut *sorte soluta*, *cesset* et de ea accessione *arbitrium iudicis*, idest, amplius ea accessio peti non possit: usque adeo, *ut nunc quoque* id probandum sit, *nunc quoque*, idest, etiam in specie proposita: in qua tamen iustissime dubitari potuit: cum de ea pecunia iam ante debita fideiussor sub appellatione actionis arbitrariæ datus esset: ut videri debeat omnimodo et de ea accessione creditori consultum esse debere. Sed nihilominus recte dicitur, etiam nunc id esse probandum. Semper enim verum erit, actione principali sublata, quod fit sortis solutione, etiam arbitrium iudicis cessare in ea actione, quæ nulla est. Diceret aliquis potius probandum esse in proposito, ut centum solutis, videri debeat solutum partim ex sorte, partim ex pœna, idest, ex eo quod interest, pro portione sortis solutæ. Quod si verum est: supererit adhuc reliquæ sortis petitio una cum accessione eius quod interest, ei parti congruente. Ita semper creditor utrumque consequi poterit, tam sortem, quam pœnam, quamvis prius tantum solutum fuerit, quantum sors efficit. Paulus fatetur recte colligi; sed negat verum esse: quia nec illud admittendum sit, quod proponitur, ut quod solutum est, videatur solutum partim in sortem, partim in pœnam; sed totum sit in sortem imputandum: tanto magis, inquit, quod creditor accipiendo pecuniam, etiam remisisse pœnam videtur. Hæc responsi quæstio, et sententia summa esse mihi videtur. Sed quæ non prius intelligi, aut certo statui potest, quam constiterit de singulis partibus, quam unaquæque et in verbis sententiam, et in re rationem ac scopum habeat: de quo minime convenit. Et si verum fatendum est, est in singulis, quod non solum attentum, sed etiam in iure admodum exercitatum lectorem atque interpretem remoretur. Quid dico autem remoretur? imo vero ita tenuit, ut nulli magis quam interpretes ipsi eam difficultatem suis sententiis comprobarint: quod Bartolus recte sentiens, de difficultate responsi ingenue initio est professus. Quare recte faciemus, si singulas partes separatim et suo ordine exsequemur.

Ait, videamus, ne ea pecunia, quæ ex sententia judicis accedere potest, non debea-

3 BEATUR, NEC SIT IN OBLIGATIONE. † Primum hoc iam neminem puto nostra ætate dubitare, quin his verbis, *videamus ne*, res non ponatur in quæstione, sed affirmetur. ut sit sententia, eam pecuniam non deberi; nec esse in obligatione. In quo fefellit superiorum ætatum interpretes consuetudinis Latine loquentium, et præsertim Iurisconsultorum ignorantia. Existimaverunt enim huiusmodi orationes, quia consultantium speciem habere viderentur, esse ad quæstionem proponendam comparatas, non autem affirmativas. Eiusmodi autem inprimis esse hanc, quam hic legimus. Ex quo illis non minima pars difficultatis huius responsi, quærentibus ubi tandem Paulus respondeat de hac quæstione. Distrahiturque res ridicule in varias sententias, dum alii responsionem notant in verbis proxime sequentibus, repugnante verborum et orationis significatione; alii non minus inepte in extremo; alii nusquam in verbis responsionem hanc animadvertentes, quæstionem poni, sed indecisam relinqui dicere maluerunt: quod in sano scriptore non est ferendum. Sed res dubitationem habere desiit Latine scientibus, ac præsertim nostra ætate post ea, quæ de hoc genere annotata sunt a Fran. Duareno *Lib. 2. Disput. Cap. 11.* qui ex usu perpetuo cum nostrorum tum omnium probatorum auctorum recte observavit, his orationibus, *Videamus, ne non ita sit*: *Videamus ne non sit satis*: *Videndum ne sit iniquum*, et similibus, veteres non quæstionem ponere, sed de re controversa respondere solitos: dum significare volunt, non se certam et exploratam sententiam afferre, quam intrepide aliis omnibus opponant, quod est temeritatis et arrogantiæ; sed dicere, quod sibi videatur; de quo tamen libenter alios moneant, ut considerent, quo et ipsi pariter verum esse cognoscant; quod est verecundiæ. Respondet ergo his verbis Paulus: perindeque est, ac si ita dixisset: puto eam pecuniam, quæ ex sententia iudicis accedere potest, non deberi, nec esse in obligatione. Eam pecuniam intelligit, id quod actoris interest, Capuæ centum promissa solvi. Hæc enim pecunia sententia iudicis accedit: nempe ad sortem, dum in eam pecuniam supra sortem reus condemnatur sententia iudicis, qui de arbitraria actione cognoscit. L. 2. *in pr. supr. eod.* Sed de verborum usu et significatione, ut dixi, minus iam dubitatur. De sententia ipsa, quam his verbis subesse velimus, ut fuit, sic et nunc est magna et iusta dubitatio. Ambigitur enim, utrum his verbis significari velimus, eam pecuniam de qua quæritur, non esse in obligatione etiam fideiussoris; an vero velimus in proposito esse in obligatione fideiussoria, ut sic oratio superior ad fideiussorem non pertineat. Ac quidquid hic dixerimus, haud temere effugiet reprehensionem. Quid enim? dicemus eam accessionem non esse in obligatione fideiussoris? Verbis quidem Pauli et speciei de fideiussore propositæ consentaneum facere videbimur: sed sententia ut verbis fideiussionis, sic iuri et rationi manifestæ adversatur, ut postea probabitur. Rursum veri retinendi caussa dicemus eam pecuniam esse in obligatione fideiussoris? Iam verbis et menti Pauli aperte refragari dicemus: cuius verba generalia sunt, utriusque obligationem admittentia tam fideiussoris, quam rei principalis: et si quæstionem propositam spectamus, præcipue de fideiussore accipi debere videntur, cum de eo species proposita sit. Atque propter momenta rationum in diversas partes distrahentia utraque pars suos defensores habuit. Ac de eo tres sunt hæ sententiæ. Sunt enim, qui velint eam pecuniam in obligatione fideiussoris non esse: sed hi non unius generis. Bartolus namque Ioannis sententiam secutus hoc sic accepit: ut intelligeretur ea pecunia non esse ullo modo in obligatione et præstatione fideiussoris, idest, fideiussorem in eam pecuniam omnimodo non teneri, ne officio quidem iudicis: motus argumento L. *centum, supr. eod.* ubi fideiussor itidem simpliciter acceptus non tenetur ex mora rei in id quod actoris propter locum interest. ea autem pecunia est, de qua nunc quæritur. Alii verba retinentes, fatentur eam pecuniam non esse quidem in obligatione fideiussoris, quia vere non est; sed nihilominus fideiussorem volunt in eam pecuniam teneri, quia teneatur officio iudicis, idque suaderi L. *quæro, infr. locat.* Azo utramque sententiam repudians statuit contra in specie proposita id quod actoris propter locum interfuit, sic a fideiussore deberi, ut non teneatur tantum in eam summam officio iudicis; sed vere sit ea pecunia in eius obligatione; quippe qui post moram a reo factam in actionem arbitrariam, qua ea præstatio continebatur, se obligarit. Quid ergo horum sequimur? Alterutrum placeret ex prioribus duobus, si liceret. Sed omnia reclamant, quominus admittamus.
† Ac de obligatione fideiussoris in ea pecunia de qua quæritur, in totum sic statuo: non modo in proposito fideiussorem 4
in

in eam pecuniam teneri; sed etiam si de proprietate verbi obligationis quærimus, eam pecuniam iure ab illo deberi, esseque in obligatione fideiussoria: neque id eo ita esse, quia intercessit fideiussor post moram a reo factam, ut Azo sensit; sed idem iuris futurum esse, etsi ab initio fideiussor acceptus esset: dum acceptus esset arbitrariæ actionis nomine, quæ de centum Capuæ promissis competeret, ut hic proponitur. Hæc ita esse doceamus.

Ac primum facile illud obtinebimus, verbis nullo modo significari, quod Bartolus eam pecuniam non esse in obligatione, interpretatur: non esse in præstatione fideiussoris, ita ut nec ipse etiam officio iudicis in eam pecuniam teneatur; etiam si maxime nominatim de fideiussoris obligatione hic dictum esset. Nam nec id quod actoris interest, est in obligatione rei principalis, quamvis post moram ab ipso factam: accedit enim tantum ad eius obligationem arbitrio iudicis *L. centum*, *supr. eod.* et tamen reum in eam pecuniam teneri constat. *L. 2. in pr. et §. ult. supr. eod.* Non ergo ex eo, quod diceretur eam pecuniam non esse in obligatione fideiussoris, ullo modo efficeretur fideiussorem in eam pecuniam non teneri. Sed et verbis ipsius Pauli ultro ea sententia reiicitur. Vult enim Paulus postea cessare arbitrium iudicis de ea pecunia, id est, fideiussorem amplius in eam pecuniam non teneri, si sors soluta sit. Non debuit dicere amplius non teneri; si ab initio non tenebatur, ut Bartolus existimat. Nec debuit adiicere hanc condictionem, si sors soluta sit: cum etsi soluta non esset, actore Bartolo non teneretur. Quæ ut ita non essent in verbis: tamen ipsa per se sententia falsa est in specie proposita: et cum responso *L. quæro locat.* et similium, tum verbis ipsius fideiussionis non obscure refellitur. Quod sic demonstrari potest. Fideiussor præcedentis contractus nomine, seu in totum contractum præcedentem acceptus, tenetur in ea omnia, quæ continentur natura eius contractus, seu quæ inde natura contractus a reo præstanda sunt; sive ex obligatione proficiscantur, sive officio iudicis præstanda sint; ut sunt usuræ in conductione ex mora rei. *L. quæro*, *infr. locat. L. fideiussores magistratuum*, *§. 1. infr. de fideiuss. L. 2. §. ult. infr. de admin. rer. ad civit. pertin.* Ergo actionis arbitrariæ nomine acceptus post moram a reo factam de eo quod Capuæ dari debebat: multo magis in ea tenebitur, etiam quæ officio iudicis natura et potestate eius actionis præstanda sunt: quoniam officium iudicis proprie circa actionem exercetur, non circa contractum. *L. centum supr.* Unde dicitur addici iudex actioni, non contractui. *L. 4. in fi. supr. eod.* Atqui arbitrariæ actionis de eo quod certo loco dari promissum est, natura et potestate continetur, ut actori alibi agenti præstetur id quod eius interest, si mora a reo facta sit, quominus pecunia suo loco solveretur. Hæc enim actio utriusque utilitatem continet tam actoris, quam rei inquit Ulpianus. *L. 2. in pr. supr.* Et quod continet, fit actionis natura, quæ quatenus arbitraria est, natura sua in arbitrium iudicis refertur. *L. 3. supr.* Fit, quia æquum est, actoris quoque rationem haberi. Actio autem arbitraria, hoc ipso quod talis est, hanc æquitatem desiderat. *d. L. 4 §. ult. supr.* Proinde fideiussor arbitrariæ actionis nomine acceptus, ut hic factum est, etiam in eam pecuniam tenebitur, in quam reus ex mora sua officio iudicis eius actionis teneretur. Nec ad rem pertinet, quod nondum actor cum reo alibi egit, qua tamen ratione se hic Bartolus tutum putat adversus sententiam *L. quæro*, *locat.* quasi actione arbitraria adversus reum nondum mota, id quod interest actoris ex persona rei, non esset in officio iudicis. Satis est ad fideiussorem in eam pecuniam obligandum ex mora rei, quod actor cum reo agere potuit, et id quod sua interest, ab illo consequi. Non enim obligat se fideiussor in id quod reus præstabit actione arbitraria: sed in id quod ea actione præstare debuit, si cum eo ageretur. Nam et in specie *d.* L. *quæro*, colonus reus principalis nihil amplius, quam debebat usuras ex mora, si cum eo locati ageretur; necdum cum eo actum erat, aut certe actum proponitur. Non eo minus tamen fideiussorem eius conductionis in eas usuras teneri placet. Atque hinc etiam quam verbis fideiussionis superior sententia adversetur, apparet. Nam si arbitraria actione continetur id quod interest actoris ex mora rei: quis non videt eum qui se obligat arbitrariæ actionis nomine, verbis fideiussionis in eam quoque utilitatem se obligare? quid autem magis repugnans, quam negare eum verbis fideiussionis teneri, qui se in eam quantitatem obligavit? Verum metuit Bartolus, ne si fideiussorem in proposito in id quod actoris interest ex mora rei teneri dixerimus, contrarium dicamus L. *centum*, *supr. eod.* Ubi fideiussorem simpliciter acceptum, in eam pecuniam ex mora rei teneri negat Africanus. † Sed dis- 5
si-

similes sunt utriusque loci fideiussiones, atque in ea dissimilitudine aliud atque aliud ius requirunt. Illic simpliciter dicitur fideiussorem acceptum esse: ut intelligamus eum acceptum esse in eam caussam, quæ præcesserat. Prius autem Africanus dixerat, creditorem centum Capuæ sibi dari stipulatum. Proinde subiiciens fideiussorem ab eo acceptum, hoc exprimit, acceptum esse in eam stipulationem, quam commemoraverat, seu nomine eius stipulationis. Hic autem proponitur nominatim fideiussor acceptus esse actionis arbitrariæ nomine, qua actor alibi experiri vellet. Mitto, quod fideiussor acceptus est tunc, cum iam reus moram fecisset, quominus Capuæ solveretur. Hic constat, saltem arbitrariæ actionis nomine acceptum esse. Multum interest, utrum pro reo qui centum Capuæ promiserat, fideiussor acceptus sit nomine stipulationis, seu in stipulationem præcedentem, ut sponderet, quod ex stipulatione deberetur; an vero arbitrariæ actionis nomine, ut sponderet, quod ea actione dari fieri oporteret. Ex stipulatione id quod actoris interest, dari non oportet ullo iure, nec ex obligatione, nec officio iudicis, ut probavimus ad *L. centum*, *in extremo*. Quo fit, ut nec superiore fideiussione in id se obliget fideiussor. Nec potest facto rei teneri in eam rem, in quam se non obligavit. At iam dixi, actione arbitraria eam pecuniam contineri officio iudicis. *d. L. centum.* Unde contraria de caussa efficitur, quod supra posui, eum qui se in eam actionem obligat, hoc verbo etiam in id quod interest, se obligare intelligi. Quamobrem et in id tenetur. At enim negat Africanus fideiussoris obligationem ex mora rei augeri, ac nos ita esse accipiendum fatemur, ut videatur augeri, et si quid ob moram rei non ex obligatione, sed officio iudicis præstare cogatur. Sed adiiciendum est, si cogatur præstare præter id, in quod se ab initio fideiubendo obligavit. Ut enim scripsi ad *d. L. centum*, qui obligavit se in sortem, et utilitatem actoris ex mora rei, utrumque si præstet, huic non augetur obligatio, sed qualis ab initio fuit; talis ei servatur. Effectum est autem, eum fideiussorem, qui arbitariæ actionis nomine intercedit, in utramque rem se obligare.

Etsi autem satis est ad cogendum fideiussorem, si dicatur vel officio iudicis teneri ad præstandum id quod actoris interest, de quo dictum est: ut non sit necesse maiorem obligationem hic quærere: tamen ne qua sit dubitatio, quasi fideiussor verbis quidem in eam accessionem se obligarit, at iure obligare se non potuerit: † 6 doceamus et hoc secundo loco, ita eum superioribus verbis se obligasse, ut sit hæc quoque accessio iure in illius obligatione, ut recte Azo sensit. Atqui hoc plane superioribus consequens est. Si is qui arbitrariæ actionis nomine fidem suam interposuit, etiam de eo quod actoris ex mora rei interest, his verbis spondere intelligitur: quid superest, nisi ut in eam quoque pecuniam iure civili ex stipulatione obligetur? ut et de usuris ex mora rei debitis, ante respondi, ad *L. centum*, *supr.* adversus eum fideiussorem, qui se in conductionem, et per hanc in eas usuras vi ipsa obligasset. Nam ex stipulatione iure civili obligationem et actionem esse constat de omni eo, quod verbis stipulationis comprehensum est. *Inst. de ver. obl. in pr.* §. *de constitut. Inst. de act. L. quidquid*, *infr. de ver. ob.* Non enim metuo, ne quis cum fideiussorem in eas accessiones se obligasse et iure obligatum esse concesserit, easdem esse neget in eius obligatione: cum nihil aliud sit, obligatum esse in rem aliquam, quam obligatione eius rei teneri: seu teneri obligatione, in qua ea res contineatur, atque inde præstari debeat: similiter ut dicimus aliquid in legato esse, quod legatum est, et ex ea caussa ab herede debetur. *L.* 1. §. *item si*, *infr. ad L. Fal.* Tantum hoc videndum est, ne ei obligationi forma iuris adversetur. In quo quidam consistunt, et ideo responderi aiunt, hæc non esse in obligatione fideiussoria; non quod de his fideiussor non spondeat, sed quod etsi spondeat, tamen iure non obligetur: quia nec sint in obligatione principali: nec possit fideiussoris durior esse conditio. Sed quod ante de usuris respondi ad *L. centum*, *supr.* idem et de accessione eius quod actoris interest, hoc loco dicendum est. Non si id quod interest actoris Capuæ solvi, ex mora rei ab ipso non ita debetur, ut sit in eius obligatione, sed arbitrio tantum iudicis accedat: ideo fideiussor de ea accessione spondendo iure obligationis non tenetur. Non est ea utilitas in obligatione rei, quia is de ea nihil promisit: est in obligatione fideiussoris, quia stipulatione in eam se obligavit. Neque vero hoc modo efficitur fideiussoris condictio deterior. Re enim vera tantundem reus præstare actione arbitraria debuit. Non debuit quidem eodem modo, eodemque iure, ut qui teneatur tantum officio iudicis. Sed non facit ea res duriorem condictionem fideiussoris, aut mi-

impedit eius obligationem: cum ad parem conditionem aut obligationem fideiussoris constituendam non spectetur, an fideiussor pleniore nexu obligetur; sed ne in re amplius præstet, quam reum suo modo, suoque iure præstare oporteret. Argumento esse potest naturalis obligatio: ex qua cum reus nec iure civili debeat, nec quidquam adeo præstare cogatur: recte tamen ei obligationi accedit fideiussor, qui et obligetur iure, et præstare quod naturaliter debetur, necesse habeat. *L. fideiussor infr. de fideiussor.* Ut ergo verbis stipulationis fideiussoriæ, ita iure evenit, ut in id quod actoris interest, ex mora rei obligetur fideiussor, qui aut in actionem arbitrariam, qua de eo quod certo loco dari promissum est, aut eius actionis nomine se obligavit.

Sed hoc in specie hic proposita admisit Azo: quia mora iam a reo facta, fideiussor acceptus erat arbitrariæ actionis nomine: quo tempore iam reus in id quod actoris interest, arbitraria actione teneri cœperat.
7 rat. † Ego autem plus dico, consequens esse superioribus, fideiussorem semper teneri in istam accessionem eius actionis propriam, in eamque ipsam sponsione sua obligari, si datus sit nominatim eius actionis nomine, quantumvis ab initio, et nondum mora a reo facta datus sit. Actionis enim arbitrariæ verbo continetur hæc ipsa accessio sub conditione, si mora a reo facta erit, quominus Capuæ solveretur. Quapropter quandoque mora ab eo facta, et eo modo conditione stipulationis impleta, tam tenebitur in eam accessionem, quam si stipulatio de ea ipsa accessione iam debita pure ab initio facta esset. Hæc enim vis est conditionalis stipulationis, atque adeo conditionis omnis. L. *a Titio*, *infr. de verb. obl.* L. *si pupillus*, *infr. de cond. inst.* Sed verba Pauli nobis opponuntur: *ea pecunia*, inquit, *quæ ex sententia iudicis accedere potest*, *non debetur*, *nec est in obligatione.* Non dixit, non deberi a reo principali, nec esse in eius rei obligatione: sed generaliter non deberi, nec esse in obligatione. Unde intelligendum est, hoc eum dicere, in neutrius esse obligatione tum rei, tum fideiussoris. Arg. in L. 9. §. 1. *supr. quod met. cau.* L. *item veniunt*, §. *a quo*, *supr. de pet. her.* in primis autem fideiussoris, quia de eo quæstio posita videtur. Hic est scopulus, qui tenuit alios: quem Azo dum vera sententia vitare conatur, huc delatus est, ut cum aliis quidem diceret, his verbis: *videamus ne ea pecunia non debeatur*, *nec sit in obligatione*, quæstionem poni, non etiam id affirmari: sed hoc amplius adiiceret, ad eam quæstionem nihil a Paulo responderi. Quo responso obiectionem non sustulit, sed maxime auxit. Nam et Paulum hic proferre sententiam suam supra diximus: et si affirmanter non loqueretur; tamen in ullo sano scriptore ferendum non esset, ut diceretur ponere quæstionem, de qua nihil responderet. Ut mirum non sit, si alii, cum in hac responsione nihil probabile viderent, nec quidquam aliud ad defensionem superioris sententiæ ab auctore afferretur: repudiata ratione, quod merito factum est, una etiam et sententiam reiecerint. † Ego vero, qui Paulum non 8
postea id probare, sed hoc ipso in loco eam sententiam affirmanter ponere didici et statuo: idem aio, in his ipsis verbis eum de obligatione rei principalis loqui, non de fideiussoria; idque ipsum ex ipsa conceptione verborum constare. Generalia verba si essent: tamen mente auctoris cognita, ad eam speciem traducenda essent, de qua scriptorem sensisse constaret: soletque mens ex eo colligi, si dicatur aliis in rebus oratio vitio non carere. L. *in ambigua*, *supr. de legib.* Ac quid vitii in eo sit, si definitionem de fideiussoris obligatione accipiamus, ex iis quæ disserui, intellectum est. Sed nego esse generalia: nego denique ad fideiussorem pertinere. Generalia essent, si diceret eam pecuniam, quæ ultra sortem accedere potest, non deberi: sed addidit circumscriptionem, ut diceret: *quæ accedere potest ex sententia iudicis*. † Hac adiectione aperte designatur 9
pecunia a reo propter moram debita: non quæ debeatur a fideiussore ex mora rei. Nam quæ debetur a reo ob moram, hæc vere accedit sententia iudicis, idest, arbitrio, et officio iudicis: non enim proficiscitur ex obligatione, cum reus se in eam verbis stipulationis non obligarit. At quæ debetur, præstaturque a fideiussore ex mora rei, hæc accedit quidem ad sortem; verum non sententia iudicis citra obligationem, sed ex ipsa obligatione: quia fideiubendo in eam pecuniam se obligavit: ac sine ea obligatione nihil posset sententia iudicis ad eum damnandum ex facto rei, ubi ipse nihil fecisset. De rei ergo principalis obligatione definitio Pauli et concepta et intelligenda est, non de obligatione fideiussoria. Sed et Paulum de hac non sentire manifestius fiet ex reliquo responso. Etenim si intelligit, eam pecuniam ita non esse in obligatione fideiussoris, ut nec fideiussor in eam teneatur: falsum est, quod ait,

ait, sorte soluta cessare arbitrium iudicis de pœna: cum et ante sortem solutam de ea pecunia adversus fideiussorem nullum fuerit arbitrium iudicis. Quod si intelligit, eam pecuniam ita non esse in eius obligatione, ut non sit principaliter, aut ex obligatione principali, et tamen in eam teneatur officio iudicis: inepta quæstio introducitur de verbis potius, quam de re, id est, de eius pecuniæ præstatione: cum si officio iudicis fideiussor tenetur, satis sit ad eam necessitatem præstandi, quam quærimus. Sed species facti nobis adversatur. Hæc de fideiussore actionis arbitrariæ nomine dato posita est, et quidem sub conditione refertur, quasi hinc responsum pendeat. Quid ad rem responsum, si de reo respondetur, non de fideiussore? Iam monui initio apparere ex iis, quæ sequuntur, quæstionem summam hic fuisse, utrum, sorte Capuæ promissa soluta, peti adhuc possit id quod actoris interest, suo tempore Capuæ solutum fuisse. De eo responsurus Paulus præmisit de obligatione rei principalis in ea pecunia præstanda: quoniam ex eo pendebat, quod de quæstione proposita responderet. Subiicit enim, *sorte soluta*, in proposito *arbitrium iudicis cessare*; significans eam pecuniam amplius peti non posse. Quod quidem efficitur ex eo, quod si hæc pecunia non est in obligatione, et tamen præstanda est: arbitrio tantum iudicis debetur. Ut dicendum sit, arbitrio hoc sublato, nullam petitionem eius pecuniæ superesse. At enim hoc dici poterat, etsi fideiussor a debitore datus non esset. Quid ergo attinebat ad eam quæstionem de fideiussore dato proponere? Duæ caussæ fuerunt. Primum quia pertinebat ad augendam dubitationem etiam in reo: deinde, quia etsi in fideiussoris persona idem quæreretur, quæstio absoluta esse potuit, etsi de solo reo responderet. Dico, quod fideiussor a reo datus est, et datus est tunc, cum iam reus moram fecisset, eoque et actione arbitraria teneri cœpisset in id quod actoris interest: totum hoc facere ad iustam dubitationem, an non quamvis sorte postea a reo soluta, tamen debeat in reliquam accessionem teneri. Quidni enim videatur in eam pecuniam fideiussorem non frustra dedisse, sed potius hoc facto ita confirmasse illam præstationem, ut sorte soluta, totius accessionis petitio superesset? et maxime hoc existimari potuit adversus fideiussorem: quippe qui in eam pecuniam se obligavit. Hoc ergo voluit Paulus intelligi, ne hæc quidem efficere, quominus recte respondeatur, etiam in proposito sorte soluta, de ea pecunia arbitrium iudicis cessare. Idque se sentire satis aperte indicat, cum ait, id se probare *nunc quoque*. Non enim aliud significant hæc verba *nunc quoque*, quam in specie proposita, ac non tantum in aliis, ubi non similiter fideiussor datus est. Et recte hic quoque idem probat: quia fideiussor accedit obligationis confirmandæ et magis cavendæ caussa, non etiam augendæ aut mutandæ. *Inst. de fideiussor. in pr. L. 4. §. si ex conventione, infr. de re iud.* Proinde ut ante fideiussorem datum id quod interest non debebatur a reo, nec fuit in obligatione: sic nec fideiussore dato, ea præstatio in obligatione esse incipiet; sed, ut ante, officio tantum iudicis debebitur. Unde recte colligitur, nunc quoque sorte soluta arbitrium iudicis de ea pecunia cessare. At hoc posito, propter eam fideiussionem non magis eam pecuniam esse in obligatione rei principalis: una etiam respondetur et de fideiussore: ut quamvis in fideiussoris persona hoc idem hoc loco quæsitum fuisse quis existimet, quod propter speciem de fideiussore positam probabile est: tamen superiore responso atque interpretatione hoc idem explicetur. Consequens enim est, non eam pecuniam non esse in fideiussoria obligatione; sed non esse ita, quin quomodo reus principalis sorte soluta liberatur præstatione eius quod actoris interest; sic liberetur et fideiussor, sive ipse eam solverit, sive reus principalis: quia liberato reo fideiussor teneri non possit. L. *in omnibus, infr. de solut.* L. *ex persona, infr. de fideiussor.*

Ait, adeo ut nunc quoque sorte soluta. Sensus est: adeo ea pecunia, quam dixi, idest, id quod interest actoris, non est in obligatione rei principalis, quamvis mora ab eo facta, ut non solum non sit in aliis caussis: sed ne nunc quidem, idest, ne in hac specie quidem, ubi et fideiussor acceptus est, et acceptus tunc, cum iam arbitraria actione ea pecunia deberetur. Unde fit, ut nunc quoque si sors soluta sit, arbitrium iudicis cesset. Intellige de ea pecunia, de qua nunc quæritur. Nam et ait id arbitrium cessare tunc, cum Capuæ petetur, idest, agetur. Quod non de alia pecunia accipi potest, quam eius quod utriusque interest. Capuæ enim ipsam sortem peti posse constat: sed hanc solam, nec amplius quid, *L. 4. supr. eod.* † Arbitrium iudicis 10
de ea pecunia cessare sic accipiemus: sorte soluta, eius pecuniæ actionem nullam superesse. Ea enim accessio si quomodo debetur

tur et peti potest: debetur tantum et peti potest officio et arbitrio iudicis. *L. centum*, *sup. eod.* Ita fit, ut sublato hoc arbitrio quo petitio nitebatur, simul quoque eius
11 pecuniæ petitio tollatur. † Sic autem fit iure, ut sorte soluta, de eo quod actoris propter locum interest, cesset arbitrium iudicis. Hoc enim arbitrium de ea pecunia actionis sortis accessio est: cum una sit obligatio sortis Capuæ promissæ, ac circa huius exsecutionem, id est, actionem, eius quod interest ratio arbitrio iudicis committatur, *d. L. centum*, *supr.* Porro sorte soluta, ea obligatio et actio tollitur. *Inst. quib. mod. tol. obl. in pr.* Ergo et arbitrium iudicis: nempe accessio, quæ nulla esse potest, caussa principali sublata, cui accedat *L. cum principalis*, *infr. de reg. iur.* Hoc loco obiicitur. *L.* 2. §. *idem Iulianus*, *sup. eod.* Ubi sorte soluta, placet peti adhuc posse id quod interest, id ipsum de quo nunc agitur. Sed ut ibi pluribus diximus, nec sors eo loco pro soluta habetur. Soluta est enim Titio adiecto, id est, alii, quam creditori, idque ignorante creditore et contra formam stipulationis. Ideo et sortis adhuc actio manet, qua et experiri licet: atque hac instituta, est actio, circa quam ad eius quod interest præstationem recte officium et arbitrium iudicis exerceatur. Et quod illic dicitur, solum peti id quod interest: ad effectum petitionis, non ad ius petendi referendum est: quia creditor etsi de sorte, et eo quod sua interest, actionem recte intendit: tamen nihil amplius consequitur, quam id quod interest, cum videatur iam per Adiectum sortem solutam accepisse. Ita totius utriusque summæ petitio superest, quia sine ea nec accessio eius quod interest, consisteret: sed petitio ad hoc solum proficit, ut creditor, quod solutioni deerat, solum consequatur. Hoc autem loco pecunia recte soluta est, quia soluta creditori, ut in extremo dicitur. Quæ solutio debitorem liberat. *d. Tit. quib. mod. tol. obl. in pr.* Addit Paulus, *vel si Capuæ petatur*: sic Pand. Florentinæ. Et verum est, si Capuæ petatur, ipsam solam sortem peti: eius autem quod alterutrius intersit, rationem non haberi: quia ibi non sit actio arbitraria. *L.* 4. *supr. eod.* ut utrobique pariter arbitrium iudicis cesset de eo quod interest, et cum sors soluta est, et cum in loco constituto agitur. Sed rectius videtur, quod in aliis exemplaribus legitur: *veluti si Capuæ petatur*: ut dicat in specie proposita si sors soluta sit, similiter cessare arbitrium iudicis, ut cessaret, si Capuæ ageretur: quo casu cessare constat. Nam ut sine comparatione diceret hoc arbitrium cessare, si Capuæ agatur, et adiiceret id fieri nunc quoque, id est, etiam in specie proposita, supervacuum fuit: cum constaret neque hoc, neque ullo alio casu arbitraria actione agi, cum loco constituto agitur. *d. L.* 4. *supr.* Malim igitur ita legi, ne quid vitii in oratione notetur. In re quidem, utro modo legamus, nihil interest.

Ait nisi si quis dicat. † Obiectio est, 12
qua dici posse ostendit, verum non esse, sorte soluta, seu tanta pecunia, quanta sortem efficit, amitti præstationem eius quod interest. Argumentum autem, si summam complecti volumus, est huiusmodi: Cum tanta pecunia soluta est, quanta est sors; ea pecunia, inquit, ex universitate, id est, ex universa summa sortis et pœnæ, quæ initio præstari debuerunt, videtur soluta tam ex sorte, quam ex pœna: id est, imputatur partim in sortem, partim in id quod proportione eius summæ solutæ actoris interest. Ut si centum promissis Capuæ, post moram a reo factam intersit actoris ad viginti sortem Capuæ solutam fuisse, ac reus postea centum solvat: ea videbuntur soluta partim in sortem, partim in id quod interest. At cum hoc fit, superest residuæ summæ sortis petitio, cui deinde accedet arbitrium iudicis de reliqua parte eius quod interest proportione: atque hoc modo semper consequitur creditor et sortem et totum id quod interest. Non ergo verum est, tanta pecunia creditori soluta, quanta sortem efficit, amitti præstationem eius quod interest, quod ex superiore sententia semper salvum futurum est creditori † Ubi obser- 13
vandum est, pœnam a Paulo vocari in proposito id quod actoris interest, quia quod id præstatur a reo, moræ eius pœna est; cum sine mora adversus eum non æstimaretur. *L.* 2. §. *ult. supr.* Pœna est autem, quidquid alicuius delicti coercendi caussa infligitur: *L. aliud est fraus*, *infr. de verb. sig.* qua ratione et usuræ ex mora promissæ pœna dicuntur. *L. lecta*, *supr. si cert. pet.* Propositionem Ioannes sic explicavit exemplo: finge centum Capuæ promissa, quæ summa sors est: pœnæ nomine accedere viginti: sic deinde centum solvi. Ex suprascripta sententia sic res transigetur, ut in sortem imputentur LXXXIII. solidi, et IV. denarii, solidi triens: in pœnam autem XVI. solidi, et VIII. denarii, solidi bes. Optime. Nam hæ duæ summæ coniunctæ centum efficiunt: separatæ autem inter se respondent pro ea portione, qua respondent inter se cen-

centum et viginti. Ut enim centum superant viginti quintuplo (nam quinquies viginti centum efficiunt) ita summa LXXXIII. solidorum, et IV. denariorum quintuplo maior est summa XVI. solidorum, et VIII. denariorum. Quod ita quis deprehendet, si pro singulis quinis, quæ sunt in priore summa, unus solidus computetur in pœnam. Reperiet enim in priore summa inesse decies sexies quinos solidos, et præterea tres cum quatuor denariis. Ratione ita subducta, apparet ex sorte adhuc superesse XVI. solidos, et VIII. denarios solvendos: qui quia debentur, adhuc peti possunt: id est, quod Paulus ait, superesse petitionem eius, quod excedit sortem: intellige enim sortem ante solutam: id autem quod excedit, est illa summa sortis reliqua, quam dixi. Quæ si petetur, accedet etiam, inquit, pœna pro eadem quantitate, id est, pro rata portione: nempe III. solidi et IV. denarii, qui restabant ex pœna. Quæ summa si superiori pœnæ adiicitur, XX. pœnæ nomine efficiuntur. Separata autem summæ posteriori sortis respondet eadem proportione, qua superiores duas inter se affectas esse diximus. Ex quibus perspicuum sit, quod assumpsi, si ratio ita ineatur, semper creditorem et sortem et pœnam consequi. Ad hæc Paulus: QUOD NON PUTO ADMITTENDUM. *Quod*: particula refert ea quæ præcedunt. Prius autem dixerat ex obiicientium sententia pecuniam solutam non imputari solum in sortem, sed pro parte tantum, et ideo superesse petitionem reliquæ sortis: cui accedat pœna pro eadem quantitate. Ergo his verbis, *Quod non puto*, hoc dicere intelligitur, putare se centum soluta in sortem tantum imputari: proinde ut ex sorte, sic ex pœna nihil superesse, quod amplius peti possit. Reddit rationem eo spectantem, ut probetur ea solutione sublatam persecutionem pœnæ, seu eius quod actoris præter sortem interest.

TANTO MAGIS, inquit, QUOD CREDITOR ACCIPIENDO PECUNIAM, ETIAM REMISISSE POENAM VIDETUR. Quæ ratio in primis animadvertenda est.
14 † Ac principio cavendum, ne hoc generaliter dictum accipiamus, quasi omnis creditor, cui sors et pœna debetur, sortem accipiendo, videatur pœnam remisisse: quod falsum est. Exemplo hæc sunt: ei qui sortem Calendis dari, et nisi sua die data esset, usuras stipulatus est, et sors debetur, et pœna. Nam hic usuræ pœnæ nomine præstantur ob moram *L. lecta*, *supr. si cer. pet.* ut et hic id quod interest ex mora, unde et pœna nominatur. Neque tamen si creditor sortem acceperit, usurarum præteritarum petitionem amittit. *L. centum*, *supr. eod.* Item domino, cui res surrepta est, ex eodem facto et res furtiva, aut eius æstimatio, tanquam sors debetur condictione furtiva: et pœna dupli aut quadrupli actione furti. Constat tamen si res, aut rei æstimatio restituta erit, non eo magis pœnæ petitionem consumi. *L. si pro*, §. 1. *supr. de cond. fur.* Et cur qui duarum rerum actionem habet, unam remittendo alteram remittere videretur? Imo vero ideo manet altera, qui unam tantum remisit. Idque ita placuit de omnibus his, qui duo iura habentes, unum tantum ex his remiserunt. *L. si mihi*, *supr. de servit. rust. præd. L. si domus*, *sup. de servit. rust. præd.* Non ergo in universum vere dici potest, creditorem accipiendo pecuniam, atque adeo sortem ipsam, videri ea acceptione etiam pœnam remittere. Neque vero id Paulus dicit. Sed ut prius creditorem intellexit eum, cui sors Capuæ promissa erat: pœnam dixit non quamlibet, sed eam, de qua in proposito agebatur, idest, id quod actoris interest, sortem Capuæ solutam non esse, eamque bis hoc sensu nominavit: sic et in ratione ad eam speciem et quæstionem accomodata, creditoris et pœnæ verbo eundem illum creditorem, eandem illam pœnam, de quibus quæstio est, dicere intelligitur, ut est lex et ratio omnis iustæ interpretationis. *L. si plurium*, §. *ult. infr. de legat.* 1. Estque hæc sententia, quasi ita scripsisset: tanto magis, quod creditor in proposito pecuniam accipiendo, etiam videtur remisisse pœnam: nempe eam, de qua nunc quæritur, et quam iam bis pœnam appellavit: idest, id quod in proposita specie actoris interest: de quo ambigitur, an eius petitio nunc quoque sublata sit, sorte soluta. † Hanc, inquam, pœnam remisisse cre- 15
ditor videtur, sortem accipiendo. Sed cur hanc pœnam potius, quam alias? quia aliæ, quas commemoravi, debentur per se, et sunt in obligatione: ut sortis actione sublata, nihilominus et pœnæ petitio quæ prius erat, ac per se subsistebat, etiam nunc supersit, et per se constet. At ea de qua hic agitur, non est in obligatione: sed eius æstimatio accedit petitioni sortis, ut hic dicitur, et in *d. L. centum*, *supr. eod.* Quo fit, ut principali actione sublata, non sit accessioni locus. L. *cum principalis*, *infr. de reg. iur.* Sed ex hac re incidimus in hoc incommodum. Ista enim ratione efficitur, ut pœna hic tollatur necessitate iuris, non autem voluntate creditoris remittatur,

ut

ut Paulus loquitur. Imo et necessitate iuris tollitur, ut et nihilominus recte dicitur voluntate creditoris remitti: quoniam qui admittit antecedens, etiam quæ consequentia sunt admittit. Ubi hæc illo posito sequi necesse est: et e converso. L. *illud*, *infr. de acq. her.* L. 1. §. 1. *infr. si ususfr. pet.* L. 3. §. *qui habet*, *supr. de ser. rust. præd.* At sortis solutioni necessario iure adiuncta est accessionis liberatio: qualis est pœnæ, de qua hic quæritur. *d. L. cum principalis*, *de reg. iur.* Arg. *L. in omnibus*, *infr. de sol.* Itaque qui pecuniam accipiendo, solutionem sortis admisit, una etiam et pœnam voluntate sua remisisse intelligitur. At rursum hoc modo incurrit ratio Pauli in novam reprehensionem. Si enim in proposito remissionis pœnæ caussa in eo est, quod pecunia accepta et sorte soluta pœnæ accessio manere non potest: sumet hoc Paulus pro ratione, ut dicat pecuniam hic a creditore acceptam in sortem totam imputari. Atqui de eo prius ambigebatur: ut necesse sit, rationem esse ex genere earum, quæ principium petunt, idest, pro confirmatione sumunt id, quod erat in controversia: eoque vitiosam et ineptam. Et sane esset huiusmodi, si ius de pecunia in sortem imputanda incertum putaret Paulus, ut de eo probari oporteret. Sed observandum est, Paulum id sumere pro confesso, et innuere eius rei aliam esse rationem certam minimeque dubiam, quam proinde non exprimat. Non enim dicit se superius non putare admittendum, quia creditor pecuniam accipiendo pœnam remiserit; sed id se putare, tanto magis, quod creditor, et quæ sequuntur. Hæc verba, *tanto magis*, aperte declarant, intelligere eum aliam sententiæ suæ esse rationem, quam ideo non exprimat, quia non sit necesse: id est, quia res sit explorati iuris, sed si hæc accesserit, quæ sequitur: tanto magis id probandum. Idque ita habet: atque hæc illa
16 ratio est. † Cum enim qui ex pluribus caussis debet, pecuniam solvit, ex ea caussa solvisse videtur, ex qua tunc cum solvebat, compelli potuit ad solutionem. *L. cum ex pluribus*, 103. *infr. de sol.* et quod idem est, in graviorem caussam, et quæ reum arctius oneret. *L.* 3. *eod.* Idque non dubia voluntatis debitoris coniectura efficitur. Ipsius enim interest id ita accipi, ne pecunia in eam caussam imputetur, ex qua exigi ab eo non potuit, atque ita illi perierit. Ergo et in hac specie qui in sortem et pœnam tenebatur, si pecuniam solverit, in sortem tantum solvisse videbitur, non in id quod interest: quia ad illius solutionem compelli potuit; ad hoc propria actione non potuit, cum non fuerit in obligatione. Hoc si voluntate debitoris fit, et iuris certi est: multo magis idem probandum erit, si creditor ultro et sine ulla testatione pecuniam acceperit. Primum quia ita accipiendo, voluntatem debitoris sequitur: cum in aliud solutum constituere non possit, quam in id quod debitori expedit. *L.* 1. *et L.* 3. *infr. de solut.* Deinde quia si hac acceptione remittit accessionem eius quod interest, id eo tolerabilius est, quod remittit pœnam. Facilior autem, et propensior interpretatio esse debet ad pœnas minuendas. *L. pen. infr. de pœn. Arg. in L. cum quidam*, *infr. de lib. et postum.* Si sorte soluta, tollitur petitio totius eius quod interest, cum creditori ipsi solvitur, ut hactenus effectum est: par est, ut soluta sortis parte, eodem modo pro ea parte cesset arbitrium iudicis de eo, quod pro ea parte actoris interest. Quod Africanus scripsit in estremo. *L. centum supr. eod.* Ut quæ de tota sorte hic dicimus, eadem et de parte pro proportione intelligantur. *L. quæ de tota*, *supr. de rei vind.* † In utroque au- 17
tem probo sententiam Bartoli, ut quod hic dicitur, cum creditor sortem accepit, tolli petitionem eius quod interest: locum habeat in re dubia, cum creditor pecuniam simpliciter et nihil testatus accepit. Cæterum etiam sorte soluta tunc supersit creditori petitio eius quod interest, cum is sortem accepit ea lege, eaque testatione, ut sibi salvum esset, quod sua interest. Ex hac enim conventione aut non videtur sors soluta; et ita vetus actio adhuc superest, qua id quod interest, petatur, ut fit in *L.* 2. §. *idem Iulianus*, *supr.* Aut si sortem solutam esse dicimus: creditori dabitur actio præscriptis verbis in id quod eius interest. Negotium enim civile gessit, cum liberavit debitorem suum ea lege, ut vicissim ille id quod interest, postea adiiceret. Unde præscriptis verbis actio. *L. ob eam*, *infr. de præscript. verb.* Nam et debitor cum ea lege apud creditorem pecuniam esse patitur, hoc ipso in eam legem consentire intelligitur: cum si alio nomine pecuniam exsolutam vellet, liberum ei esset in re agenda pecuniam hac lege non dare. *L.* 2. *infr. de solut.*

CLARIS-

CLARISSIMIS VIRIS

RECTORI, SENATUIQUE ACADEMIÆ

HEIDELBERGENSIS

HUGO DONELLUS S.

QUI mihi primus publice apud vos dicendi aditus fuit, disserueram nuper vobis audientibus, clarissimi viri, ut tunc occasio ferebat, de ea specie iuris, quæ implicitam haberet de contractibus incertis, et præscriptis verbis actione quæstionem. Ego, qui scirem, et cuius generis haberetur ea quæstio, et quinam essetis, apud quos de ea dictum esset, et quis ego, qui disseruissem, admonitus sum sæpe et superiore illa disputatione et recordatione honorificæ præsentiæ vestræ, et inprimis officio, quod mihi erga dignitatem vestram perpetuum esse debere decrevi, ut de toto eo genere diligentius cogitarem, viderem que, numquid melius, et accuratius in lucem proferri posset, quo ut in cæteris cupio omnibus, sic in hac re maxime, quæ quodammodo iudicii vestri propria facta esset, officium meum et opera vobis probaretur. Quæstio ipsa ut obscura et difficilis, ita doctissimorum hominum nobilitata disputationibus, non indigna videbatur talium virorum iudiciis. Vos eiusmodi, quibus ut est rerum summa cognitio, et ea doctrina, a qua homines docti appellantur, non temere in literis et artibus quidvis pro vero et recto, quod non sit, obtrudatur: tum autem ea dignitate et auctoritate præditi, ut, si quid quibus hoc loco probandum sit in literis, soli sitis, ad quos hoc omne iudicium maximo merito vestro deferatur. Ego autem quis? non dicam, qui in senatum vestrum amplissimum summis voluntatibus vestris expetitus, et allectus sim (quod tamen beneficium apud me tale est, ut perpetuo mihi felix ille, et faustus futurus sit dies, quo in talium virorum ordine, et senatu numerari contingit) sed is, qui aliis in rebus plurimis et maximis beneficiis vestris affectus atque ornatus sim, in omnibus autem ea voluntate vestra et iudicio ubique usus, ut omnes caussas habere mihi videar, cur me et mea vobis sine exceptione deferre et probare studeam. Hæc me igitur cogitatio hoc tempore impulit potissimum, ut illam, quam dixi, curam susciperem de toto illo genere paulo diligentius et disserendi et scribendi. quod et a me factum est. Itaque quantum per ferias superiores licuit, repetita, ut potui, eorum memoria, quæ mihi olim de hac quæstione probata et disputata erant, confeci, quod mihi ad eam explicationem satis esse videbatur. Ea est opera, vel disputatiuncula verius: quam quibus ego deferam, nisi vobis, quibus se potissimum probari contendit, et quibus debetur? Vellem, clarissimi viri, si quid mihi unquam vobis ad significationem summæ voluntatis atque officii offerre daretur, maius aliquid, et præstantius esse posset. Cupio enim ab omnibus intelligi, non solum quanti vos tales viros, id est, summos, et omni literarum, doctrinæ, virtutis genere excellentes faciam: sed etiam quantum vobis debeam, et

quam

quam cupiam, si minus referre, at certe habere pro dignitate gratiam, si liceat. Quorum utrumque quia de rebus amplis et magnis est, nisi luculenta aliqua, et magna re satis testari non possum. Quantum vero sit hoc, quod nunc offertur, et scio ipse, et me tacente res ipsa loquitur. Sed ignoscetis. Vicit enim singularis illa, et constans cum humanitas, tum voluntas et liberalitas in me vestra: qua hospitem afflictis rebus pene plus, quam fratrem tot modis et publice et privatim prolixe prosecuti, sic mihi ad omnem voluntatis testificationem animum incendistis: ut retineri non possit diutius, quin aliqua parte se ostendat, si non potest maiore in re. Quando ita Deo soli sapienti, et optimo patri visum est, ut salvi quidem, verum omnibus bonis, et maxime consuetis præsidiis studiorum orbati ex illo nimium omnibus exteris noto, et nec nominando incendio superessemus. At putavit se hac re posse, etsi non tam exigua, quam propemodum nulla. Hac uti maluit, quam longiore silentio usus non satis memoris et grati culpam subire. Tantum ne ex genere aut magnitudine muneris de animo iudicium fiat, neve quisquam etiam ex eo beneficia vestra metiatur. Quod ne fiat, non tantum deleam prius ex omni memoria totam hanc commentationem, sed nec quidquam etiam patiar unquam meum inter homines numerari. Quamquam nihil est quod invitum partum, aut retineam apud me, aut alio transferam. Ipse hic labor a vobis, prope dicam, natus exigere videtur, ut ad auctores suos et quasi ad alteros quosdam parentes suos redeat. Nam quomodo aliter eos appellem nescio, quorum post illustrissimum principem maxime beneficiis et hunc fœtum, et quidquid hic usque adhuc meum est, excitatum et eductum vere possum profiteri. Accipietis igitur a me non jam dico munus, sed beneficiorum vestrorum primitias qualescumque, testes, non ullius facultatis, nisi forte hoc testabuntur, nullam in nobis ad remunerandum facultatem esse; sed egregiæ voluntatis, qua dum vobis obsequor, et gratum animum probari volo, nulli unquam mortalium concedam. Bene valete.

Heidelbergæ Calendis Septembris, Anno M. D. LXXII.

HUGO-

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

C O M M E N T.

AD TIT. DIGESTORUM, DE PRÆSCRIPTIS VERBIS, ET IN FACTUM ACTIONIBUS.

C A P. I.

S U M M A R I U M.

1. *Quæ huius tractationis ratio et occasio; eius summa, et argumentum.*

1 MAgna ratio est, cur de præscriptis verbis et in factum actionibus scribam hoc tempore atque hoc loco: sententiam maxime persecutus eius tituli, qui in Pandectis exstat, hac ipsa inscriptione. Etsi enim occasio illa, de qua superiore epistola sum præfatus, ad hanc curam satis videri potuit: tamen ut sunt ea, quæ mihi antecesserunt, ipsa res me, ut facerem, multo magis debuit invitare. Scripsi anno superiore in titulos Codicis, *de pactis*, et *de transactionibus*, nec tam in illos titulos, quam disputatio illa huc spectavit, ut vis pactorum a nobis explicaretur. Porro sic quæstio de actione præscriptis verbis, sic totius illius tituli tractatio ad quæstionem de pactis pertinet, ut nequeat separari. Non enim ita pertinet, quasi quæ genere disiuncta, tamen ad partem aliquam de pactis melius intelligendam conducat; sed tanquam quæ sit ex media quæstione de pactis, atque adeo optimam eius quæstionis partem contineat. In titulo *de pactis*, de vi pactorum quæritur. Atqui vis pacti, quod quidem ad agendum prosit, posita est pene tota in ea actione, quæ *præscriptis verbis* nominatur. Unde tot locis sub titulis, *de pactis*, et *de transactionibus*, eius actionis fit mentio. Sed quod præcipue animadvertendum est, Titulus ipse *de præscriptis verbis* totus hanc summam habere reperietur, ut, cum præter conventionem quid datum a me, aut factum est, ut vicissim mihi dares, aut faceres: norimus, quæ hic conventiones, et quatenus valeant: quæque sit ex his actio, cum ad petendum, quod convenit, tum ad id, quod datum factumve est, revocandum: in quo de vi pactorum agi perspicuum est. Neque vero alia quæstio est, quæ est exposita brevius ab Ulpiano in L. *iurisgentium*, §. 1. *D. de pact.* Ita fit omnino, ut aut nusquam eius titulis tractatio locum habeat, aut ad quæstionem de pactis, cuius pars, vel appendix quædam est, debeat referri. Quamobrem cum, ut dixi, scripserim antea de pactis, in quo eius quæstionis explicationem susceperim: necesse est, videri me aut institutæ disputationi non satisfacere, sed relinquere inchoatam, aut huius quoque partis, quæ illius propria est, explicationem adiungere debere. Sic nos præsente temporis occasione ad hanc explicationem maturandam esse usos: ut tamen eam non magis occasio et casus mihi obiecisse, quam coniunctionis rerum necessitas post illam tractationem priorem a me expressisse videatur. Habet hic locus controversias aliquot subdifficiles, et parum explicatas, dignas, in quibus elaboretur. Quod vel doctorum hominum de his accuratæ et discrepantes di-

spu-

sputationes facile testari possunt. Res videbuntur fortasse ad morem veterum iudiciorum magis, quam ad usum horum temporum pertinentes, et ita sunt omnino, si per se spectabuntur: sed pertinent tamen ad eos locos, quibus res ad usum præsentem utiles et necessariæ continentur: ac sine his locis illi, qui sunt innumeri, facile intelligi non possunt. De quibus quid nobis videatur, exposui diligentius, ut in re controversa. In qua cum scirem fore, ut multis nova dicere videar: non satisfuit id ponere, quod sentiebam, nisi etiam quomodo confirmetur, et ab iis quæ dicuntur contra ab illis, quomodo vindicetur, ostenderem.

Tituli *de præscriptis verbis*, *et in factum actionibus*, hæc fere summa est. Cum convenit, ut mihi des quid, aut facias, interdum sola est conventio, sive hæc nullo proprio nomine appelletur, sive in aliud nomen contractus transeat; interdum præter conventionem prius ipse dedi, aut feci quid ea lege, ut dares, aut faceres illud, de quo præstando convenit: ut sic dicatur caussa subesse præter conventionem, ut loquitur Ulpianus in L. *iurisgentium*, *in prin. supr. de pact.* caussa nimirum, propter quam mihi dare, aut facere debeas, idest, caussa dandi, aut faciendi: præter conventionem, dicit, quia conventio et ipsa una est ad dandum aut faciendum caussa: ut sic iam duplex obligandi tui caussa fieri intelligatur, et quod dedi, aut feci, et quod te daturum, facturumve pactus es. De priore genere nihil hic dicimus: ex quo aut plane nulla actio nascitur, aut id genus est earum conventionum, quæ vel in proprium nomen contractus transeunt, vel lege confirmantur: ex quibus certæ sunt et propriæ actiones, non præscriptis verbis. Ita totum hoc genus a titulo, *de præscriptis verbis*, est remotum. Posterius est, de quo sub eo titulo agitur. Quid autem hic quæratur vide. Earum sive conventionum, sive negotiorum sive contractuum, quibus caussa faciendi subest præter conventionem, quatuor sunt genera: aut enim do, ut des; aut do, ut facias: aut facio, ut des; aut facio, ut facias. Tot enim genera natura esse ostendit, neque plura eadem natura esse possunt: quæ Paulus posuit in *L. naturalis*, *in princ. eod. tit.* atque omnia uno generis nomine complexus est: ob rem datum appellans, quod ista lege datum, factumve est: nimirum dati nomine etiam factum intelligens. Quoties unum aliquod ex his incidit, si, posteaquam dedi, aut feci, ipse cessas dare aut facere: quatuor sunt in unoquoque, de quibus quæri solet. Nam cum interdum intersit mea non dedisse, quod dedi, aut feci; interdum magis intersit id consequi, quod pactus es: utrumque habet dubitationem, et eam duplicem: primum, si velim revocare, quod datum, aut factum est, an possim; et si possum, qua actione id consequar: deinde, si putem magis e re esse id consequi, de quo convenit, an petere liceat; si licet, quæ sit in eam rem actio. His vero in rebus et Pauli disputatio in *d. L. naturalis*, et totius tituli tractatio continetur. De quibus quid iuris sit videamus.

C A P. II.

In iis contractibus, qui in proprium nomen transeunt, neque condictioni dati ex pœnitentia locum esse, et certam in omnibus esse actionem; tum qua nota discernamus in omni conventione, utrum res in proprium nomen contractus transeat, an non transeat.

S U M M A R I A.

1. *In sequestrem actio depositi*, *et actio præscriptis verbis*, *sed quibus*.
2. *Præscriptis verbis actio*, *et actio ex vendito de eadem re in specie* L. 2. Cod. de pact. int. emt. et vend. compos. et L. si convenit, D. de rescind. vend. *et cur.*
3. L. naturalis, D. de præscr. verb. *tractatio*, *et scopus*.
4. *Condictio dati ob caussam caussa non secuta*, *cur non sit in iis contractibus*, *qui transeunt in proprium nomen*.
5. *Condictionem esse pecuniæ datæ ob caussam mandati*, *ut servus emeretur et manumitteretur*, *quamvis nondum servus emptus sit. et cur.*

ET de his ex genere contractus statuendum est. Interest enim plurimum, utrum contractus, de quo agitur, in proprium nomen contractus transeat, an non transeat: puta, sitne emptio et venditio, quæ contrahitur, locatio et conductio, aut similes contractus; an vero nihil horum dicatur, nullaque alia hic contrahatur obligatio, quam, ob rem dati, re non secuta, ut Celsus loquitur in *L. ult. D. de cond. caus. dat. caus. non sec.* Cum contractus incidit, qui proprio nomine appelletur: veluti cum dedi pecuniam, ut fundum a te accipiam, ubi emptio contrahitur; aut dedi pecuniam, ut mihi tabulam pingas, ubi locatio est: in his et similibus res brevi, nec difficili definitione continetur, neque id, quod datum est, revocari posse, ubi is, qui promisit, id quod dare debet offerat; et id de quo præstando convenit, ita peti posse, ut sit eo nomine certa actio ex contractu certo constituta: ut proinde alia, idest, aut præscriptis verbis, aut de dolo non requiratur. Imo vero ne locum quidem habet: nam actio quidem de dolo hac conditione proposita est edicto, si alia actio nulla erit; *L. 1. D. de dol.* de actione autem præscriptis verbis ita traditur in *L. 1. et L. 2. D. hoc tit.* tunc ad eam confugere nos, cum deficiunt prodita iudicia, et vul-
1 gares actiones. Nam † quod de re apud sequestrem deposita et depositi actionem in sequestrem dari legimus, et item actionem præscriptis verbis, *L. ei apud*, §. 1. *D. depos. L. si gratuitam*, §. *ultim. hoc tit.* nihil huic sententiæ adversatur: datur enim depositi actio in sequestrem; sed ei qui deposuit, de re ab ipso deposita, quam ad rem præscriptis verbis actio non competit. Rursum datur præscriptis verbis; sed victori de re, quæ ab ipso deposita non est, sed ab adversario, cum quo certabatur: quam quidem ad rem certum est illi non magis depositi actionem competere posse, quam in superiore specie potest deponenti competere actio præscriptis verbis. Unde ergo hæc actio victori adversus sequestrem, cum apud sequestrem eam non deposuerit? ex eo videlicet, quod in rebus sponsionis caussa deponendis ab initio convenit inter sequestrem et eos, qui deponebant, ut, uter certantium vicisset, ei sequester res depositas traderet: post quam conventionem fecit victor, ut accideret id, de quo convenerat: decertavit enim, et vicit. Neque hoc aliter fieri reperiemus, quam ut ex contractu certo certa sit actio, et ita certa, ut non sit præscriptis verbis. Quod
† tamen contra, propria quadam ratio- 2
ne in una caussa receptum esse, hoc loco monendi sumus: nimirum cum vendidi tibi fundum ea lege, ut mihi quandoque pretium offerenti eum reddas. In qua conventione scriptum est in *L. 2. C. de pact. int. empt. et vend. com.* ut contractus fides servetur, actionem præscriptis verbis, vel ex vendito mihi dari. Sed quo in hac specie præscriptis verbis, cum sit certa actio: aut cur hic a regula iuris discedimus, quæ tunc solum concedit venire ad actionem præscriptis verbis, cum certum nomen actionis invenire non possumus? *d. L. 1. eod.* Puto eo factum, quia in hac specie ab initio nihil amplius de sententia veterum admissum fuerit, quam actio præscriptis verbis, ut indicat *L. si vir, hoc tit.* post tandem certa actione recepta, aut constituta (quod factum esse vetere quæstione decisa scribit Ulpianus in *L. si fundus, in princ. D. de leg. com.*) sic illa admissa sit; ut prior, quæ fuerat: etiam maneret. Nam illud quidem de superiore conventione primo dubitatum videtur, an conventio pars emptionis haberi deberet: nec abs re: neque enim prima ratione videtur ea conventio ex emptione esse, quæ eo spectat, ut emptio rescindatur: ut necesse fuerit in hac dubitatione non ex vendito, sed aut nullam, aut præscriptis verbis actionem dare. Sed obtinuit tandem, hanc conventionem emptionis partem esse, et quodammodo pretii partem obtinere: quia sine ea emptio contracta non esset. Cui sententiæ consequens fuit, ut de ea etiam actio ex vendito admitteretur. Arg. in *L. sed Celsus*, §. 1. *D. de contrah. empt. L. si sterilis*, §. *si tibi*, *D. de act. empt.* Cur ergo hæc iam sola non datur, sed utimur etiam actione præscriptis verbis? Nempe quia, quæ ex vetere dubitatione fuerat præscriptis verbis actio, ea semel inducta, etiam nunc manserit. Eadem dicemus in specie *L. si convenit*, 6. *D. de res. ven.* in qua ut superiori simili, nempe ad rescindendam venditionem pertinente, easdem actio-
nes dari legimus. Cæterum † in omnibus 3
aliis generibus contractuum, quos certos esse constet, sic datur certa actio, ut alia actio non quæratur. Quæ caussa fuit Paulo videlicet in *d. L. naturalis*, §. 1. §. *at cum do, et* §. *sed si facio*, cur, cum de superioribus dissereret, ante omnia distinxerit, in illo quidem genere, cum do, ut des: an contraheretur emptio, an permutatio;

in

in illo, cum do, ut facias: utrum esset locatio, an non; in illo vero, cum facio, ut facias: utrum contraheretur mandatum, an non: et simul quando esset emptio, locatio, mandatum, ostenderit. Id eo fecit, inquam: quia in hoc genere diversa omnia cum de repetitione, tum de promissi petitione ab illo altero, de quo dicemus postea esse intellexit. At de eo nihil aperte pronuntiavit. Nimirum quia ex adversativa oratione, quam de altero genere subiiciebat, id satis intelligebatur, et ex genere ac natura eorum contractuum non poterat
4 esse obscurum. Nam † primum quod ad id, quod in his contractibus datum, aut factum est, attinet, id repeti non posse inde intelligimus: non solum quia traditur, ab his contractibus, nisi utroque consentiente, discedi non posse; *L. ab emptione*, *D. de pact.* sed etiam quia contractus eiusmodi sunt, ut quamvis mihi ultro nihil dedisses: tamen solo consensu tibi obligarer, tuque promissum iure a me exigeres. Porro cui actionem ad id petendum damus, multo magis eo dato ad id retinendum exceptionem esse oportet *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. iur.* Iam vero in his contractibus si quid dederim iam, aut fecerim, ut dares, aut faceres: peti posse id, de quo convenit, ut dares, aut faceres, plusquam certum est. Primum non est hic nuda conventio, ut quis dicat ex pacto actionem non nasci; sed rem dedi, ut dares, aut faceres: ex quo genere civilis actio oritur, quamvis in alium contractum res non transeat, *L. iuris gentium*, §. 1. *D. de pact. L. solent*, *hoc tit.* Tum autem etsi nihil dedissem: tamen iam dixi ex eo genere contractuum, qui proprio nomine appellantur, etiam solo consensu obligationem iure gentium nasci. *d. L. iurisgentium.* Ex quo intelligi debet, loqui non de iis contractibus, qui rebus quamvis adhuc integris ab uno ex contrahentibus invito altero revocari non possunt. Quod si qui sint, qui possint revocari, qualis est societas, cui renuntiari potest a quovis ex sociis, aut mandatum, quod rebus integris a mandante revocari potest: hæc eorum conditio est, ut revocatione unius non tam desinant, quam videantur nulli fuisse. Unde † eveniet, ut 5
pecunia, quæ hoc nomine data erat a mandante, ut quid emeretur, rebus adhuc integris revocari possit, et possit condictione ob caussam dati caussa non secuta. Quod Ulpianus in hac specie respondit: cum dedi tibi pecuniam, ut servum emeres, et manumitteres. Ait enim, ante quam emeris, competere mihi condictionem ad pecuniam, quam dedi, repetendam. *L. si pecuniam*, §. *si servum*, *vers. item si quis*, *D. de cond. causs. dat. causs. non sec.* Atqui mandatum est, dixerit aliquis. Sed mandatum potest revocari rebus integris, ut dixi: quo facto eo res deducitur, quasi nec fuerit. Dici tamen potest, et fortasse verius, in hac specie nullam omnino ne ab initio quidem mandati obligationem exstitisse: quia nihil intersit mandantis, servum extraneo emi, ut ab eo manumittatur, cum ex ea emptione, aut manumissione nihil ad mandantem rediturum sit. Nulla est autem mandati obligatio, seu actio, cum eius nihil interest, qui mandavit. *L. si procuratorem*, §. *mandati D. mand.* Ita in his contractibus, qui proprio nomine appellantur, eo res redit, ut quandiu ex his obligatio est, tandiu ex iis non sit dati repetitio. Quamobrem, ut dixi, quod certum erat, quodque ex adversativa, quam subiiceret, intelligebatur, id Paulus prætermisit: Solum hoc quæstionem habere potuit, cum dedi, aut feci ea lege, ut quid dares, aut faceres, exsisteretne is contractus, cuius sit proprium aliquod iure civili nomen, ut emptio et venditio, locatio, conductio, aut similes, an alius generis contractus. Id ergo Paulus docuit in tribus illis, cum do, ut des, cum do, ut facias, cum facio, ut facias. Quam autem det in singulis huius rei explicandæ caussa regulam, operæ pretium est cognoscere.

CAP. III.

Cum do, ut des, quod certi contractus genus, et quando ineatur. Ad *L. naturalis*, *in pr.*

SUMMARIUM.

1. L. ult. D. de cond. caus. dat. *exposita.*

Et in eo genere, cum do, ut des, tunc *emptio est*, inquit, *cum pecuniam do*, *ut rem accipiam*, quod hanc sententiam habet: cum do non rem quamlibet,

libet, sed pecuniam: neque pecuniam do, ut pecuniam accipiam, sed ut rem aliam: hac lege interposita, inquam, ut rem accipiam, cum scilicet ita convenit, ut aliam mihi traderes, aut nominatim, ut aliam rem quampiam accipiam. Nam si rem do, ut aliam mihi des, permutatio est. *L.* 1. *D. de contrah. empt.* L. 1. *D. de rer. perm.* si pecuniam ut pecuniam mihi reddas: est mutuum, *Inst. quib. mod. re contra. obl. in pr.*
1 Si † pecuniam pro re quidem, sed hac lege nominatim interposita, ut eam mihi des: est et hic permutatio, contractus innominati genus, non emptio ulla ex parte, ut Celsus disputat in *L. ult. D. de cond. caus. dat. caus. non sec.* Est enim hic conventio contraria emptioni: in qua non id agitur, ut necesse habeat venditor rem dare, idest, dominium rei transferre, sed solum rem tradere, ut sic ob evictionem obligetur emptori, *L. ex empto, D. de contrah. empt.* Itaque illud, *ut rem accipiam*, sic accipimus: si nominatim ita convenerit, ut rem accipiam. Nam id cum factum est, perinde valet, quasi dictum esset, ut rem vel datam, vel traditam accipiam, et mihi evictionis nomine obligeris: non tantum quia verbum ad utramque speciem rei traditæ referri potest: sed etiam quia pecunia hinc interveniens, illinc res pro pecunia emptionem contrahi satis arguunt: cuius proprium est, ut ab una parte pecunia sit, ab altera merx, quæ pecunia, id est, pretio æstimetur. *L.* 1. *D. de contrah. empt. L.* 1. *D. de rer. permut.*

C A P. IV.

Cum do, ut facias, quando contrahatur locatio, aut non contrahatur. Ad *L. naturalis.* §. 1.

SUMMARIA.

1. *Facta quæ locari possint, aut non possint.*
2. *Operam non omnem locari posse: et quarum operarum sit locatio.*
3. *Locare quid.*

IN eo autem genere, cum do, ut facias, sic locationem et conductionem contrahi, ait si tibi pecuniam dem, ut facias, quod sit tale, ut factum soleat, et possit locari. Recte: nam si eo nomine, quod facis, dem tibi non pecuniam, sed rem, locatio esse non potest, propterea quod nec sine mercede locatio est, nec consistit merces, nisi in pecunia numerata. *Inst. de loc. et conduct. in prin. et* §. 1. Sed etsi pecuniam dem, ut quid facias, non potest esse locatio, si id factum sit, quod locari non soleat.

1 Quæ † facta soleant locari, hoc exemplo demonstrat: veluti *ut tabulam pingas* inquit, nempe meam. Nam si tibi pecuniam dem, ut tuam pingas, et pictam, mihi des: emptio erit, non locatio, *L. Sabinus, D. de contrah. empt.* §. *item quæritur, Institution. de loc. et conduct.* Quæ autem facta locari non possint, declarat hoc exemplo: puta ut servum manumittas. Hæc ego exempla in utramque partem pro definitione accipio: ut scilicet, si quid tale sit, quod in re nostra exerceatur, collocetur, ut sic per rem nostram ad nos redeat, sit factum tale, quod locari possit: veluti ut me vehas, ut insulam in area mea ædifices, ut tabulam meam pingas, ut vestimenta mea polias, sarcias, ut ex auro meo mihi annullum conficias, et quæ sunt eiusdem generis. Contra vero si id, quod fit, non fiat in re dantis, ac nec possit: sic factum eiusmodi, in quod locatio non cadat. Animadverto enim, non tantum placere tunc locationem non contrahi, cum pecuniam tibi do, ut Stichum manumittas: in qua specie dici potest, ideo manumissionem non esse factum, quod locari possit: quia momentarium sit, et nullum laborem nullamque operam desideret; sed etiam tum, cum do pecuniam, ut Romam eas. Cum enim in *L. D.* 5. *de cond. caus. dat.* dicitur, in hac specie pecuniam revocari posse rebus integris, si me pœniteat: satis declaratur locationem non esse contractam: alioqui ab ea invito altero recedere non liceret. Atqui ut Romam eas, sine opera et labore tuo non perficitur. Cur igitur non est id factum, quod recipiat locationem? Non video, quæ hic alia ratio reddi possit, quam quod ut manumissio servi in re dantis non exercetur, ac nec potest: sic nec profectio, quæ Romam suscipitur, alia in re potest exer-

exerceri; quam in iis locis, per quæ commeatur, quæ dantis non esse constat. Nam quod Bartolus *ad L. 5. D. de cond. caus. dat.* tunc dicit, locationem in hac specie posteriore non contrahi, cum is promittit se iturum esse; aliter si dem cursori, qui soleat operas locare: facit contra Ulpiani manifestam sententiam, qui ut repetitionem det, non personæ accipientis, sed solius
2 huius facti habet rationem. Legimus † quidem locari posse operas, ut *in L. qui operas, D. loc.* sed hoc non significat, ubicumque opera est, eam locari posse. Locare potest operas artifex, ut mihi domi pingat, ut ædificet, ut scribat; sed non erit locatio, si mihi operam præbeat, ut Romam eat, ut iam diximus. Accedit ad huius sententiæ confirmationem quod in *L. Sabinus, D. de contrah. empt.* scriptum est, sic locationem videri, si aream darem ut insulam ædificares: quoniam tunc a me substantia proficiscatur. Ex quo colligitur, ubi substantia rei non proficiscatur ab eo, qui dat pecuniam, ut in ea labor locationis ponatur, locationem non contrahi. † A quo loca- 3
tionis nomen abhorrere non videtur. Sic enim dicitur locare a loco: ut nisi re accepta, in qua tanquam constituto in loco operam suam locet et conductori impendat locator, non sit locatio

CAP. V.

Cum facio, ut des, quod contractus genus.

SUMMARIUM.

1. *Societatem contrahi, cum do tibi equum, aut pecus pascendum, ut si post certos annos vænisset, pretium inter nos communicaretur.*

IN illa specie, cum facio, ut des, nihil dicit Paulus, quando locatio contrahi intelligatur: quia hoc ex superiore satis intelligitur. Nam si cum do decem, ut insulam mihi ædifices, a me conductio est: necesse est te, qui ædificas, ut tibi dem ea decem, locatorem videri; de quo paulo
1 post plura. Interdum † in hac specie societas contrahitur: ut si dem tibi pecus pascendum, aut equum nutriendum, ut si post certos annos vænisset, pretium inter nos communicaretur: hic trado rem, ut pretii partem mihi des. In eo placuit esse societatem, *L. si tibi rem §. 1. eod.* Nisi quis dicat videri me tibi dare pecus, aut equum, cum permitto tibi vendere: quod non ita est. Nominatim enim in *d. L. si tibi rem, §. 1.* scriptum est, hic dominum manere, qui prius fuerat.

CAP. VI.

Cum facio, ut facias, nullum hic certum genus contractus exsistere. Ad *L. naturalis, § sed si facio.*

IN ea specie, cum facio, ut facias, de qua in §. *sed si facio*, ostendit, si mutuum mandatum sit, non contrahi negotium, quod in proprium nomen contractus transeat. Nos generaliter definiemus, nunquam in hac specie id negotium contrahi quod certo nomine appelletur. Aut enim mutuum mandatum est, ut si pacti simus, ut tu in meo, ego in tuo solo ædificem: quo exemplo Paulus utitur in *d. §. sed si facio.* Aut mutuum commodatum: ut si placuerit inter nos, ut ego tibi meum bovem in denos dies, tu tuum mihi commodares: quæ species est. *L. si gratuitam, §. si cum unum eod.* Si mutuum mandatum est: neutrubi est mandatum, quia non est gratuitum, *L. si tibi rem, §. 1. eod.* Si mutuum commodatum est: probandum est, eadem ratione neutrubi esse commodatum. *d. L. si gratuitam, §. si cum unum, eod.* Neque vero mutua facta in alias species cadere videntur.

CAP.

CAP. VII.

Quod ob caussam datum sit, caussa non secuta, revocari posse condictione: et hoc, quicumque casus accipienti obstiterit, quominus caussa sequeretur.

SUMMARIUM.

1. L. naturalis, in principio, *illic*, Sed si scyphos, *explicatur*.

Atque hoc ius est de his quatuor generibus negotiorum, cum res in aliud nomen contractus transit. Quod si negotium manebit in suo nomine, et nulla hic alia obligatio contrahetur, quam ob rem dati, re non secuta: ius in utramque partem commutatur: sive de eo, quod datum, aut factum est, revocando agetur; sive de eo consequendo, quod ex conventione vice mutua dari, aut fieri debuit. Ac de eo, quod datum factumve est, revocando prius dicemus. In quo genere alia facti ratio est. Neque enim ut fundum quem tibi dedi, ut mihi Stichum dares, repetere natura possum, cum exstet: sic cum servum manumisi, aut quid aliud feci, ut dares faceres, ego mutare factum possum, et efficere, ut res in suum locum restituatur, id est, factum infectum reddere. Proinde et hæc nobis ordine distinguenda sunt. Ergo si dedi tibi quid, ut aut vicissim dare, aut vicissim quid faceres, et de re quæ data est, quæritur: certi iuris est, si hanc recipere velim, posse me datum repetere, quasi ob rem datam re non secuta, constituta in eam rem propria condictione, nimirum ob caussam dati caussa non secuta. Neque in eo refert utrum dederim, ut des, ut in permutatione; an dederim, ut facias: veluti ut Stichum manumittas. Hæc Paulus in *d. L. naturalis*, *in pr.* §. *at cum do*, *et* §. *quod si tale.* Qua in quæstione cum res ad condictionem ob caussam dati pertineat, nempe eo revocanda est, et ex eius præceptis et ratione explicanda.

Illud notandum est, sic caussa non secuta esse dati condictionem: ut ad facultatem repetendi nihil intersit, utrum ideo non des id, quod te dare oportuit, quia nolis; an vero quia non possis: et quominus possis, utrum casu, an culpa impediare. Utputa, si tibi scyphos dedi, ut mihi Stichum dares: etiam mortuo sine culpa tua Sticho, scyphos a te condicere potero, auctore Celso in *L. ult. supr. de cond. caus. dat.* Et recte dedi enim ob caussam: quæ si secuta non est, condictioni locus factus est: quia conditio eius exsistit. Et quamvis casus in re tua inciderit, tamen si alterutri nocere debet: æquius est, eum domino nocere, quam mihi *L. pignus*, *C. de pig. act.*

Non † adversatur huic sententiæ, quod Paulus scribit in hac specie Stichum, quem pactus es te daturum, periculo meo esse, qui scyphos dedi. *d. L. naturalis*, *in princ. vers. sed si scyphos.* Est enim periculo meo eo sensu, quo res debitæ dicuntur periculo esse creditoris. Hoc autem periculum creditoris in rebus debitis peremptis intelligitur, ut debitor in his liberetur, nec illæ scilicet iam amplius ab eo peti possint. *L. si ex legati caussa. D. de verb. obl. L. quod te*, *D. si cert. pet.* Cæterum si qua alia petitio fuit creditori, ea non tolletur. Proinde non eo minus, quod dedi, condicere potero: utpote ob caussam datum, quæ caussa secuta non fuerit. Hæc enim alia obligatio et actio est, ut dixi. Nec quisquam mihi dicat hoc modo fieri, ut hic nihil mihi pereat, si quod dedi, recipiam. Satis enim perit, quod Stichi æstimationem petere non possum, si is forte duplo pluris fuerit, quam quod dedi; et tamen eo, quod dedi iubear esse contentus. 1

CAP.

CAP. VIII.

De revocatione facti, cum Facio, ut des, aut facio, ut facias, in iis contractibus, qui in aliud nomen non transeunt.

Ad *L. naturalis*, in extremo.

SUMMARIA.

1. *Cum feci, ut dares, aut faceres, caussa non secuta agi posse in id quod nostra interest, id factum esse.*
2. *Facti revocandi caussa actionem esse de dolo: et qua conditione, et num.* 3. L. cum proponas, C. de dolo, *exposita ibid.*
3. *Datum sit quid ob caussam, an factum, quid intersit in iure eius revocandi, cum caussa secuta non est.*
4. *Facti revocandi caussa actionem esse intra duos annos de dolo: post id tempus in factum.*
   Decerni actionem de dolo quam recte dicatur. ibid.
5. *Facti revocandi caussa esse condictionem ob caussam, cum debitori meo acceptum tuli, ut quid daret, aut faceret: et cur in hac specie.*

ALia, ut dixi, facti conditio est. Nam aut in eo præter factum mihi nihil abest, ut cum pinxi tabulam, cum insulam ædificavi in tuo, cum servum furem tibi indicavi: et hic nihil est, quod revocetur: avolavit enim statim opera, et indicium, ut nihil iam maneat, quod possit vel revocari, vel mutari. Aut eo facto abest aliquid, ut cum Stichum manumisi, ut dares: cum Titium liberavi tuo nomine, ut me quoque liberares. Et hic plerumque ea res abest, quæ iam plane esse desierit, nec possit revocari: ut servo manumisso abest servitus, quæ revocari nullo modo potest. Plerumque ita abest, ut ad eum, cum quo pacti sumus, non pervenerit: ut ne sic quidem ab eo repeti possit, ad quem non est profecta. Itaque sane de his condictio ob caussam non competit.

1 Sed † nihilominus et de eo retractando vi ipsa agi potest, si quid forte eo facto nobis aberit, quod pluris sit, quam quod nobis vice mutua promissum est: non ut ipsum, quod non dedimus, condicatur; sed ut in id agamus quod nostra interest, id factum non esse, quod fecimus: ut, si manumisi Stichum, ut Pamphilum manumittas, prius quam manumiseris, possum tecum agere, quanti interest mea servum habere, quem manumisi, ut Paulus scribit in *d. L. naturalis*, §. *ult.* Quod si id tum fieri potest, quum manumisi, ut alium manumittas: etiam tum eodem modo agere licebit, cum manumisi Stichum, ut mihi decem dares, idest, non solum cum feci, ut faceres, sed etiam cum feci, ut dares: quia utrobique idem factum est, et tu non dando, aut faciendo pariter fidem non præstas. Sed de actione Paulus nihil exprimit.

Verum † erit in eam rem de dolo actio, 2 ut declaratur in *L. cum proponas*, *C. de dolo.* Manumisi ancillam meam, quæ apud te in contubernio erat, ut mihi Pamphilum dares. Pamphilum non das: quærebam de ancilla, an eam in servitutem revocare possem. Rescriptum est, revocandæ libertatis potestatem me non habere, sed solum desiderare posse de dolo mihi decerni actionem, nempe ad revocandam ancillam, ut Bartolus recte accepit, et nos postea pluribus ostendemus. Recte vero, de dolo in hanc speciem, ubi videlicet nulla est alia iuris civilis actio. Deest enim condictio, quæ de iis, quæ data non sunt, ac præsertim quæ in commerciis esse desierunt, nulla est. Atque esse in hac specie de dolo actionem in id, quod mea interest, ancillam non manumissam, ubi libertas revocari non potest, licet intelligere ex *L. verum*, *in princ. D. de minor.* ubi et minori, qui deceptus ancillam manumisit, quia ancillam in servitutem revocare non potest, ideo datur de dolo actio, et datur in id, quod eius interest, ancillam non manumissam.

Sed † cum hanc actionem in his dari di- 3 cimus, hoc ipsum primum nos admonet, eum qui Pamphilum ex conventione non manumisit, sic teneri ea actione in id, quod mea interest ancillam a me non manumissam: si per eum stet, quominus Pamphilum manumittat. Cæterum si paratus sit, eum manumittere, aut etiam Pamphilus sine dolo malo eius perierit, hac actione non tenebitur. Non enim dolo facit, qui paratus est vivum manumittere, aut eum, qui non est, aut quem in potestate non habet, manumittere non potest. In quo quid datum a facto

facto etiam in hac tractatione differat, potest animadverti. Nam condictio ad datum repetendum datur, etiamsi adversarius dare, aut facere paratus sit quod promisit, tantum ut dantem pœniteat. *L.* 5. *D. de cond. caus. dat.* non item datur de dolo actio in id, quod facientis interest, si per adversarium non stet, quominus quod convenit, impleat.

4 Iam † quoniam de dolo actio hic datur, consequens est intra constitutum tempus dari, ut est comprehensum *d. L. cum proponas, C. de dol.* Id tempus olim annus utilis fuit, nunc biennium continuum ex constitutione Constantini, *L. ul. C. de dol.* Recte vero eodem rescripto dicitur decerni hæc actio, quæ datur caussa cognita. *L.* 1. *D. de dol.* nam decernere dicitur magistratus, cum aliquid caussa cognita tribuit. *L.* 3. §. *si caussa, D. de bon. possessionib.* Quid post biennium? nulla ne erit actio? imo erit utilis, seu in factum, in idipsum, quod mea interest, ut scriptum est in *d. L. verum, de minor.* Neque enim hic actio pœnalis est, ut quis dicat eam post annum non competere: cum detur de eo, et quod nobis abest, et quod in rem adversarii versum videtur, cum ex voluntate eius factum sit. Arg. *L.* 3. §. *nec non illud, D. de in rem vers.* Sane † ac- 5
cidit interdum, ut quis quid prima ratione videatur fecisse, vi autem ipsa eo facto aliquid in adversarium contulerit, itaque ei dederit: ut fit, cum creditor debitorem suum liberat, acceptum ei ferendo ea lege, ut debitor vicissim quid det, aut faciat: sic enim creditor liberationem, rem incorporalem confert in debitorem. Proinde mirum videri non debet, si eius liberationis nomine condictio datur. *L.* 4. *D. de cond. causs. dat.*

CAP. IX.

De eo, quod convenit, ut daretur, aut fieret, an sit, et quæ sit actio in quatuor generibus contractuum propositis, cum res in aliud nomen contractus non transit. Ac primum de his tribus, cum do, ut des; do, ut facias; facio, ut facias.

SUMMARIA.

1. *Furti actionem et condictionem furtivam esse, non actionem præscriptis verbis, ut fiat quod convenit, cum dedi tibi rem meam inspiciendam, explorandam, ut postea reposcenti reddas.*
   L. Si gratuitam, §. Papinianus, D. de præs. ver. *explicatur ibid.*
2. *Præscriptis verbis actionem ex contractu incerto esse, ut præstetur id, de quo convenit, si maleficium aberit: atque hanc solam, excepto precario, cuius nomine et hæc actio est, et interdictam de precario.*
3. *Præscriptis verbis actio ubi erit, ibi actioni dolo locum nunquam esse.*
4. L. permisisti, D. de præs. ver. *exposita.*

HÆC de eo, quod datum, aut factum est, revocando dicta sunt. De eo, quod pacti sumus inter nos, ut dares, aut faceres, si forte id petere malim, videamus. In quo natura prima est quæstio, an sit actio ex eo genere conventionum. Sed esse constat, de quo satis diximus *L. legem, C. de pactis.* Hoc constituto, secunda quæstio introducitur, quænam hic actio competat, certane et vulgaris, an præscriptis verbis: incerta, an de dolo. Et interdum certa dabitur. Quod si fit, cessabit, præscriptis verbis. Quid ergo, ex contractu incerto certa actio esse potest, dixerit aliquis? Minime, sed potest in eam rem, quæ ex conventione præstari debet, maleficium incidere, quod de eadem re nobis certam actionem subministret: quæ cum exstiterit, ita dabitur, ut non sit alii actioni locus.

Maleficium † quod dico, non in quovis 1
genere contractuum ex superioribus incidere potest; sed in eo solum, cum facio, ut facias: neque id in quavis specie eius generis, sed tunc solum, cum rem meam tibi trado, puta utendam, inspiciendam, explorandam, ut postea reposcenti reddas. Hic enim evenit, ut si recte reposcenti non reddas, et res apud te sit: tu eius rei furtum facias. Quo fit, ut et tecum furti agere possim, et rem condicere a te, et de ea ad exhibendum agere: idque ita scriptum est in *L. si gratuitam, §. Papinianus, hoc tit.* Sed ibidem additum est de Papiniani sententia, ita me in proposito superioribus

catio-

actionibus experiri posse, si mihi liqueat rem esse apud te: non quod si ignorem, eo minus re ipsa furtum facias; sed quia frustra furti agam, si ignorem, utrum res apud te sit, atqui ita eam contrectes, ubi neque de contrectatione tua, idest, furto affirmare possim, neque id probare. Interim hoc constat, cum liquebit rem apud te esse, hic mihi de re, quam ex conventione reddere debeas, certam et vulgarem actionem esse propositam, condictionem furtivam, quæ in hanc speciem certo incidens etiam præscriptis verbis actionem excludet: ad quam solum tunc confugere possumus, cum deficiunt vulgaria nomina et usitata actionum. *L.* 1. *et L.* 2. *eod.* Id vero ipsum est, quod in *d. L. si gratuitam*; §. *Papinianus*, scribitur: ita demum mihi præscriptis verbis actionem in proposito competere, si ignorem, ubi sit res, quam mihi non reddas. Iam enim effectum est, hoc casu furti agi non posse. Sed hæc, inquam, certa actio ad petendum id, quod conventione præstari debuit, ex maleficio est, quod in rem, quæ restituenda erat, cadit. Quod
2 † si nullum maleficium in eam rem incidens nullam extrinsecus certam actionem dabit: hic certum est, ex contractu incerto actionem certam et vulgarem esse non posse: cum unaquæque ex ipso contractu nomen habeat *L.* 3. *et* 1. 4. *eod.* Quæ igitur hic erit actio? Et generaliter definitum est in *L.* 2. *et L.* 3. *eod.* esse, præscriptis verbis. Sic enim verba sunt: *nam cum deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, præscriptis verbis agendum est: ad quam necesse est confugere, quoties contractus exsistunt, quorum appellationes nullæ iure civili proditæ sunt*: Sed an ita est in his generibus contractuum actio præscriptis verbis, ut sit sola: an vero etiam hac admissa, alii remedio locus esse potest? Et interdum de eadem re non actio, sed interdictum locum habet, quod tamen in una specie precarii receptum video: quo sic interdictum propositum est, ut possit etiam eo nomine agi præscriptis verbis. *L.* 1. §. 1. *L. duo*, §. *ult. infra, de prec.* Cæterum neque alibi interdictum, neque in ullo genere omnino alia actio cum actione præscriptis verbis concurrere potest. Ita fit, ut hæc sic in his generibus competat, ut precario excepto sit sola.
3 Illud † quidem certe extra controversiam esse debet, ubi actionem præscriptis verbis dari statuerimus: ibi actioni de dolo locum esse non posse: ut quæ ex edicto nominatim tantum detur hac conditione, si de his rebus alia actio non erit. *L.* 1. *supr. de dolo.* Ac de tribus generibus minus dubitatur, cum do, ut des; cum do, ut facias; cum facio, ut facias. Nam in unoquoque horum nominatim præscriptis verbis actionem dat Paulus in dicta *L. naturalis, in prin.* §. *at cum do*, §. *quod si tale, et* §. *sed si facio.* Quo admisso, etsi de actione de dolo nihil adiiciat, tantum illo edicto posito, quod dixi, sua sponte satis intelligitur hanc non competere. Quominus tamen de his ipsis tribus generibus dubitetur, aut etiam ne istorum desiderentur exempla, ipsa capita alia, quæ tam multa sub hoc titulo leguntur, exempla et fidem huius sententiæ subministrabunt, quæ nunc breviter indicabo. Ergo primi generis exempla hæc sunt: do servum æstimatum, ut mihi eum reddas, si de crimine, cuius eum insimulabas, non compereris. *L. si dominus*, 8. Venditum fundum tibi trado, ut si velim, eodem pretio mihi transcribas. *L. si vir*, 12. Do tibi rem vendendam æstimatam, ut rem, aut pretium reddas. *L. si gratuitam*, 17. §. 1. Dedi tibi aream, ut insula in ea ædificata, eius insulæ partem mihi redderes. Dedi puerum, ut eo vendito, pretium inter nos communicetur. *L. si tibi reus*, 13. §. *Iulian.* Ad secundum genus hæc pertinent: do insulam, ut mihi aliam ædifices, *L. insulam*, 6. Do decem, ut Stichum manumittas. *L. si tibi decem*, 7. Accepto te liberavi, ut nomen Titii mihi delegares. *L. ob eam caussam*, 9. Tertii generis hæc sunt exempla: Permisi tibi cretam eximere, ut eum locum, unde exemisses, repleres. *L. permisisti*, 16. Concedo tibi inhabitare ædes meas. Ut cum mihi visum erit, reddas. *L. si gratuitam*, 17. *in pr.* Do rem inspiciendam, ut reddas. *d. L. si gratuitam*, §. *Papinianus*, *et* §. *si cum mihi*, L. *duo*, 23. Commodo tibi bovem, ut mihi alternis tuum commodes. *d.* L. *si gratuitam*, §. *si cum unum.* Certo cum adversario, et vinco, ut mihi annulos sponsionis caussa ab illo apud te depositos ex sponsione mihi victori restituas. dicta L. *si gratuitam*, §. *ult.* Prædium pro te obligavi, ut mihi fideiussorem præstares, L. *rogasti*, 19. §. *ult.* Reliqui argentum apud te, ut si displicuisset, redderes, L. *apud* 20. §. *ult.* In quibus omnibus reperiemus suprascriptis in locis præscriptis verbis, seu quod idem est, in factum actionem civilem dari. Sed num etiam de dolo dabitur? Et iam dixi prohibere edictum de dolo, quo ita comparata est de dolo actio, si de his rebus alia actio non erit. In quo tamen nos impediunt L. *cum proponas*, *C. de dol. et*

et L. permisisti, §. *ult. hoc tit.* Nam in priore respondetur eum, qui ancillam suam dedit ut Pamphilum acciperet, nullam aliam actionem habere quam de dolo. In posteriore proponitur aliquis permisisse mihi, ut sererem in fundo suo, et fructus tollerem: cum sevissem, non pati me fructus tollere. Respondetur in hanc rem nullam iuris civilis actionem esse, at esse de dolo. Sed in L. *cum proponas*, de revocanda solum ancilla, quæ data erat, agitur. Cuius rei nomine recte dicitur, solam actionem de dolo competere: cum alia deficiat, ut paulo post, cum de quarto genere agemus, pluribus demonstrabimus. In † L. *permisisti.* Nullum negotium civile gestum est inter nos, cum permisisti mihi, ut sererem 4
in fundo tuo, et fructus tollerem. Apparet enim hic nihil me fecisse, ut vicissim mihi dares quid, aut faceres: sed solum me sevisse, ut mihi ipse consulerem. Quod si actio præscriptis verbis solum ex contractibus est, L. 3. *eod.* consequens est, eam ex hoc facto competere mihi adversus te non posse. Restat igitur, ut sit de dolo, ne impune me deceperis.

CAP. X.

Cum facio, ut des, neque locatio contrahitur: unam hic quoque esse actionem præscriptis verbis, ut et in suprascriptis generibus: et quibus locis iuris id confirmetur. *Ad* §. *quod si faciam*, *L. naturalis.*

Ergo, ut dixi, de tribus illis generibus minor est dubitatio, cum do, ut des: do, ut facias: facio, ut facias. De quarto genere, cum facio, ut des, nihilo magis dubitaremus, quam de superioribus si non tantum quid superioribus locis generaliter definiatur, spectaremus; sed etiam quid de hac specie nominatim ab aliis iuris auctoribus traditum sit, et quod ad rem maxime pertinet, quam sit eadem ratio in hac specie, quæ aut in superioribus generibus hanc actionem denegare, aut illa admissa in hoc quoque genere admittere debeat. Sed Paulus nobis dubitationem attulit: cuius in *L. naturalis*, §. *quod si faciam*, de eo ipso genere hæc verba sunt: *Quod si faciam, ut des, et postea quam feci, cessas dare: nulla erit civilis actio: et ideo de dolo dabitur.* Id quod si de eo dictum intelligimus, cum de re promissa agitur, ut omnes ante nos magno consensu facere animadverto: incurrit ea sententia in eas difficultates, quas nulli adhuc iudicio meo expedire potuerunt, nec mirum: cum omnibus de hac re scriptis locis, et rationibus prope exploratis hæc sententia velut irretita teneatur. Ego autem, quod bona venia doctorum hominum, qui de hac re scripserunt, facere liceat, sic statuo, audentius fortassis, vere tamen: etiam in hoc genere, cum facio, ut des, et posteaquam feci, cessas dare, siquidem de eo quod dare debuisti, agatur: esse mihi adversus te eo nomine præscriptis verbis actionem: idque non tantum, si dolus tuus nullus arguatur, sed etiam si arguatur. Addo sic esse in ea causa actionem præscriptis verbis, ut non sit de dolo. In quo quoniam obstant nobis Pauli verba, et me in his explicandis ab aliis omnibus etiam doctissimis interpretibus dissentire intelligo, putavi de eo mihi paulo pluribus et diligentius esse disserendum. Ac primum illud doceamus, esse in hac specie adversus eum, qui non det actionem præscriptis verbis. Sunt vero in hanc sententiam tam multi, et hi diserte scripti loci, tam multæ neque hæ dubiæ, aut obscuræ rationes, ut his obiectis quid cæteris in hac quæstione accidat, nesciam: me quidem, cum illa expendi diligentius, pudeat, et valde quidem pudeat contra sentire. Et in locis huc pertinentibus non minimam vim habere debet illa definitio non infinite, sed, universali particula addita, concepta, quæ legitur in *L.* 3. *D. eod.* cum ita definitur, *ad præscriptis verbis actionem confugere necesse esse, quoties contractus exsistunt, quorum appellationes nullæ iure civili proditæ sunt.* Dixit Iulianus, *quoties contractus exsistunt* ergo et tunc, *cum facio, ut des*, nam et hic exsistit contractus, cuius iure civili nullum est proditum nomen. Sed quia nihil aperte et nominatim de eo, quod quærimus, dicitur, eam definitionem omittamus: eos locos, qui de specie ipsa scripti sunt, consideremus. Ac præcipui loci, quibus de hac specie superior sententia statuitur, vel potius pene diserte expressa est, sunt tres. *L. iurisgentium*, §. 1. *supr. de pact. L. solent*, *L. si tibi polienda*, *hoc titulo.* Ex quibus quia duo priores, quamquam

quam

quam dilucide scripti vocantur a nonnullis in quæstionem, melius erit, ne qua dubitatio relinquatur, eorum sententiam paucis expendere.

CAP. XI.

In specie proposita in *L. iurisgentium*, *in princ.* illic, *et puto*, *D. de pact.* esse id negotium, cum facio, ut des, non cum do ut facias.

SUMMARIA.

1. *Valde errare eos, qui in specie tractata* L. iurisgentium, in pr. *illic*, et puto, *putant proponi negotium, do, ut facias: cum perspicue id sit, in quo facio, ut des, cuius nomine ei, qui fecit, datur præscriptis verbis actio.*
2. *Contractus Do, ut facias, aut facio, ut des, absurdum esse ita dici ex conventione sola præcedente dandi, aut faciendi.*
3. *Contractus Do, ut facias, facio, ut des, ex implemento, idest, ex eo, quod vere datur, aut fit, non ex conventione esse existimandos.*

IN *L. iurisgentium*, *in pr.* proponitur hæc species. Dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumitteres: manumisisti. Stichus, quem tradideram, evictus est. Unde apparuit eum datum non fuisse: non enim datur, cuius dominium non transfertur. §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Non fuisse autem translatum, ex eo planum factum est, quod sit ab alio evictus, qui dominus esset. Itaque petis, ut Stichum tibi dem, quem tibi ex conventu dare debui, ut Pamphilum manumitteres: et de actione quæsitum est. Diserte illic scriptum est, esse tibi in hanc rem civilem actionem, et eam præscriptis verbis. Atqui nihil aliud hic reperietur, quam manumisisse te Pamphilum, idest, fecisse, ut Stichum darem. Immo,
1 † inquit Accursius, hic est, do, ut facias, sic enim appellat negotium illud, cum do, ut facias. In quo ego, ne quid dicam gravius, Accursii, et veterum illorum, quorum ille in hac re sententiam secutus est, sæpe iudicium requiro. Nam, ut verum quod est, dicere liceat, quis non videt hæc verba, do, ut facias, mihi in hac specie convenire non posse? quomodo enim ego dici possum dare, ut facias: cum constet me hic neque dare quidquam, neque dedisse? Ergo profecto in hac re non recondita aliqua ratione, sed sensu communi Accursius refellitur. Quid si neuter nostrum dedit alteri? potestne alteruter ita dicere, ego dedi, ut facias? atqui neutrum dedisse perspicuum est, nam tu quidem manumisisti Pamphilum, non dedisti quidquam; ego Stichum tibi tradidi: sed tradidi dumtaxat, non dedi. Non enim dominium transtuli, cum dederim alienum, et eum, qui postea sit evictus. Absit igitur, ut hic quisquam dicat esse contractum, ut ille loquitur, do, ut facias, ubi neutrubi datum quidquam proponatur. Sed quid verbis opus est? an non certum est te fecisse, idest, manumisisse? cur manumittebas? an non, ut Pamphilum, qui tibi a me traditus est, haberes, idest, ut traderem cum re, idest, darem? Quisquamne igitur negare possit fecisse te, ut darem: non me dedisse, ut tu faceres? Immo, † inquit ille, est do, 2
ut facias (liceat enim mihi ita nunc cum illo loqui) quia convenit, ut prius darem, etsi tu faciendo antevertisti. Hi autem contractus ex eo, quod initio convenit, non ex eo, quod secutum est, sunt appellati: ut si convenerit, ut darem, tu faceres, sit id, quod appellat, do, ut facias, quamvis tu prior feceris, ut hic: si contra convenerit, ut ego manumitterem, tu dares, sit id, quod vocat facio, ut des, etsi tu prior mihi dederis. Iam mallem prius illud sine ulla ratione pro sua auctoritate sibi credi Accursius voluisset, quam ad id probandum tam absurda ratione uteretur. Quid enim, quæso, absurdius, quam dicere hoc negotium, do, ut manumittas, ex eo, quod non est, esse appellatum? atqui hoc dicitur ab iis qui ex conventione de dando hæc negotia dicta esse volunt. Nam profecto cum paciscimur solum, ut dem tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas, in hac conventione non est id, quod dicitur, do. Revera enim nihil do neque dedi, et, quod præcipue animadvertendum est, nec dare volo: alioqui non nunc mecum ageretur, ut darem. Quomodo igitur ex conventione dicatur hoc negotium, cum id unde negotium

tium dicitur, non sit in conventione? Si convenisset, ut Stychum manumitterem, tu Pamphilum dares, nemo ferret, si dicerem esse negotium, do, ut facias: aut si convenisset, ut ego facerem, ut tu faceres, nemo non rideret, si dicerem esse do, ut des: scilicet quia non esset in re, et conventione, quod his verbis exprimo. Quis potius igitur me ferat, cum convenit, ut dem, postea, ut tu facias, ubi constat me plane nihil dare: si ego id factum dicam esse do ut facias? Nisi forte, quia conventione id agitur, ideo ego dicendus sum dare. At hoc multo dictu est absurdius: quasi vero ideo dem, quia convenit, ut darem: aut quasi hæc eadem sint, dabo, ut facias, et do, ut facias. Atqui apparet, quantumvis convenerit, ut darem, me tamen non dedisse, neque nunc ob aliam caussam mecum agitur, quam quia non dedi. Sed cur laboramus? hoc ipso, quod convenit, ut dem, natura ipsa intelligitur me non dare. Sunt enim hæc duo, dabo et do, ita non diversa tantum, sed etiam contraria, ut sint ex genere eorum, quæ aientia et negantia appellantur. Qui dat, iam nunc representat, et in posterum negat se daturum, quia iam implevit, quod debuit. Qui se dicit daturum, is dicit se nunc non dare, at postea daturum esse. Hæc qui eadem esse putat, fateatur se hoc dicere, aientia et negantia esse eadem. Ut
3 † paucis rem omnem definiam, hæc negotia, do, ut des, do, ut facias, et reliqua similia, dicta sunt ex eo quod est, non ex eo, quod non est. Cum autem convenit, ut dem Stichum, ut Pamphilum manumittas, in conventione non do, ut manumittas: sed tunc solum, cum impleo re, quod verbis promisi. Non sunt igitur hæc verba conventionis, sed implementi: et quod idem est: non sunt hæc verba, seu negotia ex conventione, sed ex implemento æstimanda. Hoc neque verius quidquam, neque certius. Itaque sententia Accursii omnibus cordatis interpretibus merito semper displicuit: Bartolo in primis, qui ad hoc veterum commentum refellendum rationes (si quis forte plures desideret) non ineptas multas attulit, ad *L. naturalis*, §. *sed si facio*: ut profecto, qui hac etiam ætate eandem sententiam renovant, hi, ut dicam levissime: magnam mihi existimationi suæ iniuriam facere videantur. Est igitur, ut ad id, quod probare institui, redeam, in superiore specie id negotii genus, cum fecisti ut darem, neque do. Iam vero in eo genere diserte scribit Ulpianus, esse præscriptis verbis actionem, neque id defunctorie, et velut obiter, sed ex professo, idque de veterum sententia reprehenso etiam nominatim in ea re Iuliano, qui diversum sentiret. Et ut intelligeremus in hoc exemplo consistendum non esse: addita est præterea nominatim ratio, quæ ad omnes contractus, in quibus facio, ut des, vel quod idem est, facis ut dem, sine ulla dubitatione pertineret. Quare ex eo loco, quid illi in hac specie placeat, tenendum esse de actione præscriptis verbis, dubitari non debet.

CAP. XII.

In *L. solent*, 15. *de præsc. verb.* proponi id negotium, in quo facio, ut des: et tamen si non des, dari mihi præscriptis verbis actionem, quamvis dolo facias, ne des.

SUMMARIUM.

1. Nisi quis dicat, *verba esse Latinis, ut plurimum non excipientis, sed repudiantis, quod subiicitur.*

IN specie *L. solent, hoc tit.* nemo negat proponi id negotium, de quo quærimus, cum facio, ut des. Indicavi enim tibi servum tuum furem, ut mihi decem dares. Et ne Accursius exemplum repudiet, quasi ab initio ita convenerit, ut tu prius dares, ego indicarem, ut sic fiat illud, quod appellat ex conventione, do, ut facias: nominatim ita rem proponit Ulpianus, ut pactio intercesserit ob indicium, et hoc quid sit, interpretatur. *Hoc est*, inquit, *ut si indicassem, apprehensusque esset fugitivus, tum certum aliquid daretur*: ut vel ipso iudice Accursio fatendum sit, sive ex conven-

ventione, sivè ex implemento res æstimetur, esse id negotium, quod vocat, facio, ut des. Quid autem Ulpianus in hac specie, quam dat actionem? et hic illius verba sunt, *habere hanc conventionem in se negotium aliquod: ergo civilem oriri posse, idest, præscriptis verbis*. In quo plane dixit, quod quærimus, et ita dixit, ut adiuncta etiam ratione confirmaret, ne forte de eo dubitaremus. Sed enim Ulpianus subiicit continenter hæc verba: *nisi quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur*. Quibus verbis existimet fortasse aliquis Ulpianum mutare, quod prius dixerat. Sed tantum abest, ut mutent hæc verba priorem sententiam, ut statuant et
1 confirment potius. Iam † primum non sunt hæc verba, ne quis erret, excipientis, aut approbantis, quod ab aliis ita dici possit, ut subiicitur; sed repudiantis potius, seu indicantis neminem id esse dicturum: quia ineptum sit, et minime recipiendum, quasi dolo tuo remoto, præscriptis verbis actio mihi adversus te dari debeat; dolo autem tuo interveniente, ubi idem factum tuum sit, eadem actio dari non debeat. Scio hæc verba, *nisi quis dicat, nisi si quis dubitet*, interdum habere correctionem præcedentium: sed hoc tunc fieri observabimus, cum is, qui scribit, et his verbis utitur, nominatim adscribit se hanc correctionem probare, ut fit in *L. si mihi pure*, 59. *D. de legat*. 2. At ubi nihil tale adscriptum est, animadverti veteres his verbis uti solitos, tamen vel improbent, vel etiam contemnendam putent: ad quam ideo non respondeant pluribus, quia non existiment magna refutatione indigere. Notæ sunt illæ formulæ orationis Ciceroni familiares, *nisi forte quis dicat, nisi vero quis putet*: quibus nunquam fere ille uti videtur, nisi cum id, quod subiicit, significare vult, aut neminem esse dicturum, aut non esse tale, quod nos movere debeat. Sed ne quis cavilletur nos ista ad normam loquendi Ciceronis importune exigere, nostrorum testimoniis, atque adeo eiusdem auctoris Ulpiani, de cuius verbis nunc agitur contentus ero. Isto vero sensu, quem dixi, his verbis duobus in locis ille ita usus est, ut nemo, lectis locis, possit dubitare, *L.* 2. §. *tractari*; illic, *nisi forte quis putet*, D. ad senat. Tert. L. *et. eleganter*, §. *servus pactionis*. illic, *nisi forte quis* D. de dol. Aliter nostri aliquando, sed rarius, ut in *L. Lucius* 31. *in fin. D. de adm. tut. L.* 2. §. *si quid in loco, D. ne quid in loco. pub.* Quæ ut ita non esse quis concedat; tamen vide, quam nihil superiorum verborum ulla interpretatio nos de priore sententia Ulpiani dimovere debeat. In illis verbis postremis, *nisi quis* in hac specie, inest, inquis exceptio et correctio præcedentis sententiæ. Sit sane ita: attamen, quod ex verbis apparet, hactenus exceptio est, ut mihi, qui indicavi tibi furem, tunc solum detur de dolo actio adversus te, si aliquis tuus dolus arguatur. Ita auctore Ulpiano relinquitur actio præscriptis verbis, si nullus tuus dolus arguatur, quod nunc nobis concedi satis est, ut efficiatur, etiam tunc hanc actionem dari, cum dolus aliquis tuus arguetur. Quod cum venerimus ad eum locum, in quo de eo agemus, qui dolum adhibuit, pluribus ostendemus.

C A P. XIII.

In *L. si tibi polienda*, 22. *D. de præs. ver.* agi id negotium, in quo et conventione et implemento prius facio, ut des: hic tamen dari mihi adversus te omnimodo actionem præscriptis verbis.

SED ut de superioribus duobus locis queat dubitari: attamen in *L. si tibi polienda, hoc tit.* est omnino ea species, atque id responsum, quod omnem tergiversationem præcidat. Dedi tibi vestimenta sarcienda, aut polienda, ut cum sarsisses, aut polivisses, ego tibi tantum darem quantum inter nos postea statutum esset: fecisti quod convenerat, neque do quidquam; aut do quidem, sed non æquum. Placet in eam rem esse tibi adversus me actionem præscriptis verbis. Atqui non solum tu fecisti prior, ut darem, atque ita prior implesti id, de quo convenerat; sed etiam in ipsa conventione, quæ de toto negotio futuro antecessit, id actum est, ut prior faceres, deinde ego darem: ut sive implementum spectes, sive conventionem de faciendo, omnia huc spectent, ut negotium a faciendo cœperit, ut sic deinde ego tibi darem. Et ne cum Bartolo hic mihi quis dicat, ideo cum facio, ut des, esse

se de dolo actionem: quia aut facienti mihi nihil absit, aut in dantem nihil transferatur: observetur, eiusmodi esse superiorem speciem, qua tota hæc distinctio evidenter refellatur. Nam et tibi sarcienti, aut polienti abest opera, quam aliis in rebus, et aliis hominibus locare potuisses, quo facto mercedem operæ esses consecutus: et præterea in me, cuius vestimenta sarsisti, aut polivisti, fructum operæ confers, ut qui iam vestimenta sarta et polita habere incipiam, quæ prius lacera erant, ruptave, aut rudia, et infecta.

C A P. XIV.

Argumenta non dubia; quibus evincitur, actionem præscriptis verbis non minus competere, cum facio, ut des, quam in aliis tribus generibus.

SUMMARIA.

1. *Negotium omne inter aliquos gestum, quod in aliud nomen non transit, parere actionem civilem præscriptis verbis.*
2. *Negotium geri inter aliquos dici in usu iuris, non solum cum do, ut des, vel facias, sed etiam cum facio, ut des, vel facias.*
3. *Cum facio, ut des, negotium ut plurimum simile esse emptioni et venditioni, similiter ut cum do, ut des: ideo et in utroque recte pariter admitti præscriptis verbis actionem.*
4. *Sive facio, ut des, sive Do, ut facias, utrobique geri negotium idem, et id simile locationi: ideo ut in hoc, sic illo pariter admittendam actionem præscriptis verbis.*
5. *Cum Facio, ut des, et cum Facio, ut facias, unam et eandem in utroque negotio esse caussam obligationis et actionis; ideo cum in posteriore sit actio præscriptis verbis, necesse esse et in priore admitti.*

Hi fere loci sunt, quibus maxime superior sententia demonstratur, ut si auctoritas statuentium quæritur, non sit de ea sententia dubitandum. Age, argumenta huius sententiæ non minus certa cognoscamus.
1 mus. Principio † hoc pro certo statuerunt veteres, quoties negotium inter aliquos gestum est, sive contractum id, quod Aristo συνάλλαγμα vocat, toties oriri inter consentientes iure civili actionem: siquidem res in aliud nomen contractus transeat, certam; sin aliter, civilem quidem, sed in factum, seu præscriptis verbis. Indicat hanc sententiam duobus locis Ulpianus, nimirum in *d. L. solent, hoc tit. et L. iurisgentium,*
2 *in princ. D. de pact.* At † idem iisdem illis locis huius generis negotium esse declarat, non solum cum do aliquid certa lege, puta ut des quid vicissim, aut facias: sed etiam cum facio hac ipsa lege, ut des, vel facias: et nominatim id confirmat in hac specie, cum facio, ut des. Quid restat igitur, nisi ut ex hoc genere tanquam negotio civili gesto sit civilis actio præscriptis verbis? Sed mittamus Ulpianum, ne quis forte causetur eum a nobis citari, a quo fortasse Paulus, de cuius sententia nunc quæritur, in hac quæstione dissenserit. Ipso auctore Paulo utamur. Et in cæteris omnibus generibus nominatim Paulum dedisse actionem præscriptis verbis constat. Id si sine ratione facit, et tantum eo dicit, quia eo iure utamur, quanquam id in iure, ac præsertim in Iurisconsulto ferendum non est: tamen si id ita est, sileamus, et ut sine ratione dicitur: ita et sine ratione constitutum, si libet, sequamur. Sin id non sine ratione dicitur, et ratio etiam cur ab eo dicatur, certa est: necesse est, si par aut eadem ratio in hac specie reperitur, cum facio, ut des: idem ius in ea statui debere. Ac cur detur hæc actio in ea specie, cum do, ut des, ratio ab illo exposita est in *L. naturalis, §. ult.* quia sit videlicet species similis emptioni. Cui sane hanc speciem, cum facio, ut des, per omnia comparare non possumus; sed quid refert, si cum facio, ut des, in eo negotio illa interveniunt, propter quæ ex superiore genere tanquam ex emptione et venditione
hæc actio danda est? Cur † ergo cum do, 3
ut des, negotium emptioni simile habetur? quia permutatio est, ubi uni res abest, quam confert in alterum, ut vicissim rem aliam ab eo accipiat. At ut plurimum ita fit in hac specie, cum facio ut des. Quid enim interest, utrum dem ancillam, an eam, quæ apud te in contubernio est, manumittam,

tam, ut mihi Pamphilum des? Cum dedi ancillam, in te confero aliquid, et cum manumisi eam, quæ contubernio tuo erat, hoc confero, ut liberam apud te habeas: et ut apud te eam non habeas: tamen vel hoc confero, ut voluntati tuæ mos geratur; vel certe confero libertatem in illam, quam manumitto: quod cum tua voluntate facio, perinde haberi debet, ac si in te contulissem. Arg. *L. solutam*, *D. de solut.* Quid, cum sarcio, aut polio vestimenta tua, ut mihi Stichum des, an minus mihi abest, aut in te confero, quam si aliquid darem, ut mihi dares? Iam dixi et mihi hic abesse operam, ac mercedem operæ, et per vestimenta sarta, aut polita fructum operæ in te transferri.

Sed quoniam in plerisque tantum caussis huius generis ista eveniunt, non autem in omnibus, neque per omnia unum negotium alteri simile est: dici potuit non effici hoc argumento, ut in omnibus caussis, in quibus facio, ut des, actio præscriptis verbis dari debeat. Immo cætera duo negotia, illa dico, cum do, ut facias, et cum facio, ut facias, ita conveniunt, aut certe ita convenit ratio, propter quam in illis datur actio præscriptis verbis, ut aut ob eam caussam in illis hæc actio danda non sit, aut si recipitur, sit quoque et in ea specie, de qua quæritur, pariter admittenda.
4 Nam † ut ab eo genere ordiar, cum do, ut facias, quid est, cur si posteaquam dedi, cesses facere, et velim consequi, ut facias, aut præstes, quanti interest mea, placet esse mihi eo nomine actionem præscriptis verbis? Dubitaremus, nisi Paulus ipse expressisset in *d. L. naturalis*, §. *ult.* Id eo fieri ostendit: quia sit hoc negotium simile locationi. Atqui in hoc negotio, cum facio, ut des, eadem omnino locatio est: aut si de similitudine locationis quæritur, est locationis similitudo plane eadem. Cur enim locationi simile est, cum do ut facias? Nempe quia, ut in locatione facti unus dat pecuniam pro opera; alter pro pecunia operam præbet: sic in hac specie unus est, a quo res pro opera; alter, a quo opera pro re proficiscatur. Itaque ego conductori similis, quasi qui operam tuam reconducam; tu similis locatori, qui pro re tanquam pro pecunia operam tuam mihi impendas. At eædem personæ dantis et accipientis, eademque facta versantur in eo genere, cum facio, ut des. Perspicuum est enim et hic unum esse, qui operam suam præbeat pro re, alterum, qui rem det pro opera, quam accipit. Est igitur utrobique aut eadem locatio, aut negotium, quod pariter referat locationem et conductionem. Si quid interest, solum hoc interest, quod in priore ego quasi conductor sum, tu locator operæ: in posteriore ego quasi locator operæ, tu conductor. Sed hoc ad contrahendam, aut impediendam conductionem quid pertinet? Sive ego locator sim, tu conductor: sive ergo conductor, tu locator, semper locatio et conductio est: aut si quod negotium simile incidit, id simile est locationi et conductioni. Et sane audire cupio, qui fateatur, cum do tibi decem, ut tabulam mihi pingas, locationem et conductionem esse: idem neget locationem contrahi, cum ego pingo tibi tabulam, ut mihi decem des. Nam qui prius in persona dantis conductionem esse dixit, idem dixit in persona pingentis esse locationem: quod nunc negat, cum eum, qui prius pinxit, ut acciperet, negat esse locatorem. Postremo ab utro initium dandi, aut faciendi nascatur, in conductione nihil interest. Ordire ab eo, qui dat; erit quidem conductio, quæ in locationem desinet. Sit initium ab eo qui faciat: erit locatio, quæ desinet in conductionem: interim idem contractus utrobique locationis et conductionis. Quod si verba Pauli urgeri volemus, facile obtinebimus magis locationi similem esse contractum, cum facio, ut des, quam cum do, ut facias. Nam cum facio, ut des, quasi loco operam, tu conducis: sic fit, ut si a me initium contractus æstimetur, dicendum sit, esse contractum similem locationi et conductioni. Sed verba non cavillabor, ut qui sciam veteres locationis et conductionis verbo, itidem ut emptionis et venditionis promiscue usos esse, ut uno utrumque significarent. *L. vetere*, *et L. seq. D. de act. empt.* Hoc dico, si res spectabitur, in omni operæ locatione esse unum, qui det, alterum, qui faciat; et in quo contractu horum utrumque sit, eum aut locationem, aut similem locationi habere debere. Ridiculum autem esse, si quis ab eo ordiens qui dat, dicat esse locationem; ordiens autem ab eo, qui facit, neget eandem esse locationem: cum si ille, qui dat, conductor est, necesse sit eum, qui contra facere debet, locatorem intelligi. Quod si is locator tunc intelligitur, cum nondum fecit, sed facere debet; quanto magis pro locatore tunc habendus est, cum iam fecit, ut acciperet? Neque vero pro locatore haberi debet, quin ex adverso is, qui debuit dare, pro conductore intelligatur. Quamobrem res dubitationem non habet, quin,

quin, ut proposui, negotium non minus locationi et conductioni simile sit, cum facio, ut des, quam cum do ut facias.

Porro iam dixi, Paulum ipsum id docere, ideo ex negotio, do, ut facias, actionem præscriptis verbis nasci: quia contractus sit similis locationi: Nec vero iure fieri aliter potest, quam ut quibus in caussis eadem ratio sit, in his ius idem statuatur. *L. illud*, *D. ad L. Aquil. L. a Titio*, *D. de verb. obl.* Ex quo efficitur, et in eo negotio, cum facio, ut des: ei, qui fecit, eandem actionem dari debere. Sed †

5 esto, distet aliquid in hac quæstione, utrum dem ut facias, an vero e converso faciam, ut des, ut quæ in uno genere actio in factum civilis prodita est, non continuo in altero esse debeat. At certe omnibus bonis et æquis iudicibus vincam, necesse est, in caussis obligationis hanc esse condictionem et coniunctionem horum duorum contractuum, cum facio, ut facias, et cum facio, ut des: ut si in priore genere detur actio præscriptis verbis, non possit, quin sit et in altero. Propone hoc modo: manumisi servum meum, ut tuum manumitteres, quo exemplo Paulus utitur in *d. L. naturalis*, obligari te mihi ex conventione constat, ut tuum manumittas. Cur quia prius manumisi meum, et præterea pactus es te tuum manumissurum: neque præterea alia obligandi tui caussa est, nihil enim ad rem pertinet, quod promisisti te facturum, non daturum. Non res, quæ in obligationem deducitur, obligationem facit, sed conventio: quæ sive in dando sive in faciendo sit, pariter promissor obligatur, qui se daturum, aut facturum promisit *L. 2. in pr. L. 5. §. stipulatio*, *D. de verb. obl. §. ult. Inst. eo.* Imo vero, si quid res promissæ ad obligationem contrahendam pertinerent, citius obligaretur is, qui promisit se quid daturum, quam qui se facturum promisit; quia certius est, quod dari promittitur; *d. §. ult. Inst. de verb. obl.* ut dicendum sit, si obligatur is, qui promisit se facturum, multo magis eum, qui se daturum promisit, obligari. Ergo cum manumisi, ut manumitteres, et generaliter cum feci, ut faceres, duæ sunt tantum caussæ, cur mihi iure civili obligeris: manumissio mea, seu factum meum, et tua conventio, qua te in hoc obligasti, ut vicissim quid præstares. Atqui cum manumisi servum, ut tuum mihi dares, id est, cum feci, ut dares, totidem sunt obligandi tui caussæ, ut mihi des, non dico pares, ut similes, sed plane eædem omni ex parte: nam et manumisi servum meum, ut prius, et tu te quid præstaturum pactus es, et parvi refert: quod promisisti te daturum. Nam, ut iam dixi, tanto magis obligari te oportet ex hac conventione, quia certum promisisti. Ex quo quis non videt in utroque negotio in eodem facto, eademque conventione, et iisdem obligationis caussis adversus eum, qui se daturum, aut facturum promisit; eandem actionem pariter esse oportere? At constat, Paulum in ea specie, cum facio, ut facias, dare præscriptis verbis actionem: sit igitur eodem auctore et tunc, cum feci, ut dares.

C A P. XV.

Cum facio, ut des, non tantum esse actionem præscriptis verbis, cum nullus tuus dolus arguetur, sed etiamsi arguatur.

SUMMARIA.

1. *In* §. quod si faciam, L. naturalis, *Pauli verba nullam admittere distinctionem, ut de dolo detur, si postquam feci, cesses dare.*
2. *Si cum feci, ut dares, est mihi actio præscriptis verbis adversus te, ubi nullus tuus dolus arguitur, quominus des: necesse esse, et tum dari, cum dolo non das.*
3. *Ex quo facto aliqua mihi adversus te actio constituta est, cum nihil dolo fecisti, ex eodem generaliter eandem esse actionem, cum dolus tuus accesserit.*
4. *Errare eos, qui putant, cum quis promisit se daturum rem alienam sciens, et dolo malo, ut quid facerem: ideo conventionem non valere, quasi dolo malo factam.*
5. *Pacta dolo facta servanda non esse adversus eum, qui deceptus est; adversus eum, qui decepit, contra.*

HIS rebus victi eruditi interpretes plerique admiserunt etiam in hac specie, cum facio ut des, et posteaquam feci, cessas dare, esse præscriptis verbis actionem: sed tunc, cum nullus dolus tuus arguetur; sin arguatur, hoc tuentur, de dolo dari. Id eo faciunt: quia de dolo dari negare non audent, cum tam aperte

te dicat Paulus eam in hac specie competere: sed quod verbum concedere videtur, id accipiunt, ut dicant Paulum de eo sentire, qui me deceperit sciens. Nam quomodo esset de dolo adversus eum, qui dolum non adhibuisset? Ita adversus eum, qui dolo nihil fecit: relinquitur præscriptis verbis actio ex suprascriptis locis. Ne quis autem eam distinctionem repudiet, videtur expressa esse in *L. solent, hoc tit.* ubi Ulpianus in extremo ita scribit, *nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur*, sed præcipue in *L. naturalis*, §. *sed si dedi, eod.* ubi Pauli ipsius ita verba sunt: *si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti, et is, quem dedi, evictus est: si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit: si ignorans, in factum civilem.* Sed dum hoc incommodum vitare volunt, ne contra Pauli verba faciant, in eos locos, easque ipsas rationes, quibus supra usi sumus, incurrunt. Nam primum quale est illud exemplum facti, cum das mihi vestimenta tua polienda, ut postea des, quantum inter nos statutum sit? an si polio, nec pateris quidquam statui, sed mihi illudis, abs te decipi non videor? nusquam magis; et tamen nihil amplius datur in hac specie, quam præscriptis verbis in *d. L. si tibi polienda, h. t.* Quid, cum do, ut facias, et posteaquam dedi, cessas facere? an si sciens prudens non facias, quod possis; aut etiam dolo feceris, quominus præstare posses, quod te oportuit, mihi actio de dolo adversus te dabitur, non etiam præscriptis verbis? Finge me tibi dedisse ancillam, ut Pamphilum manumitteres: ancillam acceptam a te manumissam, Pamphilum dolo alienatum, ne eum manumitteres, et ita me abs te decipi. Sed nihil amplius in hac specie dat Paulus, quam præscriptis verbis actionem. *d. L. naturalis*, §. *cum do, et seq. hoc tit.* Neque quisquam hic distinguendum putat, utrum ideo non manumittas, quia non possis, an ideo, quia nolis, et data opera me decipias. Idemque fieri dicimus, cum feci, ut faceres, et posteaquam feci, fidem fallis. *d. L. naturalis.* §. *ult.* Atqui quibus de caussis datur præscriptis verbis actio in superioribus generibus duobus, iisdem de caussis, et in hac specie, cum facio, ut des, eam actionem dari diximus, et probasse satis videmur. Quibus efficitur, et in hac specie sic eandem actionem dari, ut quamvis dolo facias, ne mihi des, nihilominus tamen eadem illa actione mihi tenearis.

1 Quod † si locus Pauli eos movet, ut hac distinctione utantur, videant etiam atque etiam, ne quamvis hanc distinctionem admiserimus, tamen non expediant. Paulus enim nihil distinguens, utrum dolo non des, an sine dolo, simpliciter definit in hac specie, cum facio, ut des, nullam esse actionem civilem. Si hoc sic accipiendum est, si dolus tuus arguatur, quod dixit, ipse supra, *in ead. L. naturalis*, §. *sed si dedi*, et Ulpianus in *d. L. solent, in fin.* si id, inquam, sic intelligendum est: cur non et in superioribus generibus, et in eo; quod sequitur, ex dolo adversarii eandem distinctionem introducemus? Quod si admittenda est: cur hoc genus, cum facio, ut des, a superioribus distinxit? Ex quo apparet, etsi superiores loci, et argumenta quæ dixi, non obstarent; tamen ne sic quidem satis eam distinctionem ad locum Pauli tuendum convenire, si quis Paulum de eo, quod dari debuit ex hac conventione, sensisse intelligat. Sed repudio iam hæc omnia, si illis videtur, quasi dubia et incerta, nec satis idonea, quæ ad istam distinctionem reiiciendam afferantur. Id † sumo, quod in hac distin- 2
ctione ab illis datur, quod et ipsum per se verissimum est: quod si quis neget statui in *d. L. solent, hoc tit.* idem neget, solem meridie lucere: in hac specie nimirum, cum facio, ut des saltem tunc præscriptis verbis actionem dari, cum nullus tuus dolus arguatur. Hoc posito, aio quæstionem tolli, et vel hoc unum satis argumenti esse, ut convincatur etiam tunc, eandem actionem adversus te dari debere, cum aliquis dolus tuus in ea re arguetur. Quamobrem? quia dolus tuus neque factum meum, neque conventionem nostram mutavit, sed confirmavit potius. Quid enim, cum Stichum manumisi, ut mihi Pamphilum dares, an eo minus tu promisisti te Pamphilum daturum, aut ego minus Stichum manumisi, quia tu Pamphilum promissum alienum esse sciebas? Imo ego ideo vere manumisi, quia Pamphilum mihi eram de te pollicitus; et tu eo magis promisisti, quo facilius me ad manumittendum meum induceres. Neque porro aliæ sunt caussæ, cur nullo dolo tuo interveniente mihi tenearis, quam hæ duæ, quod manumisi Stichum, quem manumitti placuerat, et quod convenit, ut eo nomine mihi Pamphilum dares. Ita necesse est omnino in eodem facto, eademque conventione eandem esse actionem. Et † ne hic hæsitemus, genera- 3
liter definiendum est: quoties in contractu ali-

aliquo ex facto tuo mihi aliqua actio constituta est, cum nihil dolo fecisti, ex eodem facto eandem actionem esse etiam tunc, cum dolus tuus accesserit. Ut puta, fecisti aliquid in re, quam mihi vendidisti, quo res deterior fieret, et fecisti imprudens, teneris mihi ex empto, ut culpam præstes: idem si dolo fecisti, non alia erit actio, quam ex empto. *L. et eleganter*, §. *non so-*
4 *lum*, *D. de dol.* Neque † verendum est,
credo, ne nobis hoc argumentum excutiat quorundam ratio, qui dolo tuo interveniente in quovis contractu eandem actionem admittunt, quæ sine dolo tuo futura esset, si modo et te dolum adhibente contractus valeat: verum in proposito cum manumisi ancillam, ut Pamphilum mihi dares, si sciens alienum promisisti, disputant nullam esse conventionem, nullam hinc obligationem civilem nasci: ut proinde non alia hinc relinquatur mihi actio adversus te, quam de dolo. Dicerent illi aliquid, si quod dicunt nullam hic conventionem esse, id probarent. Nunc autem quid afferunt? nempe, inquiunt, pactio mala fide et dolo malo interposita non parit obligationem, ne naturalem quidem. Quasi vero hæc conventio, de qua agitur, idest, qua mihi Pamphilum alienum sciens promisisti, dolo malo facta dici debeat, quod si putant, longe errant. Ea enim demum promissio et pactio dolo malo facta putanda est, in qua qui promittit, deceptus est, ut promitteret, et ita dolo obligaretur; non is, cui promissum est: quod in hac specie contra fit, ubi ego, qui manumisi servum meum, decipior quidem; sed in manumissione, non ulla promissione mea, aut obligatione: quippe qui nihil omnino promittam, aut ulla in re tibi obliger, tu vero promittis quidem, seu pacisceris Pamphilum te daturum; sed in eo non deciperis, quantumvis sciens promiseris alienum, sciens enim prudens promisisti, non circumventus. Tum autem etsi daremus, hanc promissionem tuam de servo mihi dando dolo factam esse: tamen non concederemus, ideo esse inutilem, seu actionem non parere, ubi a tuis partibus
dolus est. Quod † enim dicitur in edicto 5
Prætoris, pacta dolo malo facta non servari, sic accipiendum est: ut ne serventur adversus eum, qui est deceptus, cui dolus adversarii nocere non debet; cæterum adversus eum, qui decepit, certi iuris est, pactionem eius ita valere, ut non magis valeret, si dolum non adhibuisset. Quod in transactione constitutum scimus adversus eum, qui transactionem dolo malo factam rescindi postularet, cum ab eius partibus dolus versaretur. *L. transactione finita*, 30. *Cod. de transact.* Et ut certius intelligant isti, quid de hac ratione iudicandum sit, considerent, ea admissa quid consequatur. Nempe hoc consequens est, etiam in aliis contractibus incertis, puta cum do, ut des; do, ut facias; facio, ut facias, nullam esse civilem obligationem, si Pamphilum, quem mihi dare, aut manumittere debeas, scivisti esse alienum, et me decepisti. Ita etiam fiet, ut sit mihi hoc casu etiam in his actio de dolo dumtaxat, non præscriptis verbis. Quod sententiæ Pauli ex diametro adversatur: qui in tota illa disputatione *L. naturalis*, nihil aliud docet, quam si non des, aut facias, quod convenit in suprascriptis contractibus, semper propositam esse præscriptis verbis actionem. Quod si ne illi quidem ipsi, qui novam istam rationem tam ingeniose nobis excogitarunt, inficiari audent; fateantur aut falsam eam rationem esse, aut ad eum, qui decipiens, non deceptus promittat, quo de nunc agitur, non pertinere, aut quod est verius, utrumque concedant. Manebit igitur, si cum feci, ut dares, est præscriptis verbis actio, cum ignorans, et sine dolo rem alienam promisisti; etiam tum esse debere; cum promisisti sciens, et me decepisti. Prius esse inter omnes convenit, nisi si qui sint, qui contradicendi studio, aut constantiæ caussa ea, quæ sunt certissima, negare audeant. Si prius, ergo et posterius.

CAP.



CAP. XVI.

Cum facio, ut des, sic esse actionem præscriptis verbis etiam adversus eum, qui sciens fallit, ut non sit de dolo.

SUMMARIA.

1. *De dolo actionem nunquam esse, ubi constet competere actionem præscriptis verbis.*
2. *De dolo actio sicubi competit, etiam actione in factum temperata agi posse: at non si in factum actio competit: interveniente dolo, competet de dolo actio.*

Effectum est igitur illud, quod mihi huc usque cum doctissimo interprete Francisco Duareno convenit, omnimodo ex hac specie, cum facio, ut des, si posteaquam feci, cessas dare, esse actionem præscriptis verbis. Hoc non convenit, quod iam sequitur: nam cum statuisset ille esse præscriptis verbis, ut diximus: ex adverso autem scriptum esset a Paulo in dicto §. *quod si faciam*, *L. naturalis*, in hac specie de dolo dari: ille ad hæc concilianda hoc attulit, ut diceret utramque actionem competere, et de dolo, et præscriptis verbis. Quod a multis notatum scio: et recte iudicio meo. Refellitur enim non obscure ea parte edicti, quæ est de dolo: qua scimus actionem de dolo non alia conditione propositam esse, quam si alia actio non e-
1 rit, *L. 1. D. de dol.* Quod † eam vim habet, ut si præscriptis verbis hic detur, ut datur, non sit locus actioni de dolo. Non enim satis defendi potest, quod ille ait, in eo edicto actionis nomen de actione certa interpretandum esse, idest, ea, quæ proprie et specialiter ita dicitur. Nam illud contra sic ab omnibus veteribus iuris auctoribus acceptum est: ut eo verbo non tantum contineretur ea quæ vere est actio, sed etiam omnis defensio, quæ vim haberet iuris nostri obtinendi etiam per exceptionem. *L. 1. §. ait, prætor, D. de dol.* Quanto magis omnis petitio hoc verbo continebitur, quæ actionis verbo significatur magis, quam exceptio, in quo numero est actio præscriptis verbis? Denique bene annotatum est a Barone scriptum esse in *L. si quis affirmavit*, *§. Labeo*, *D. de dol.* ubi præscriptis verbis actio est, ibi de do-
2 lo cessare. Non † me movet, quod ille dicit, eum, cui actio de dolo competit, posse actionem verbis in factum temperare, ut doli mentio detrahatur, *L. rei quam*, *D. de dol. L. cum reus*, *D. de fideius.* Hoc enim de eo recte dicitur, cui constet prius actionem de dolo dari. Sane vero cui actio de dolo datur, huic licere debet, actione verbis in factum temperata experiri, et de iure suo aliquid remittere, cui etiam in totum non agere licuit. Et siquidem in hac specie, de qua agitur, constaret competere de dolo actionem, ultro faterer potius in factum agere licere. Nunc autem de eo quæstio est, an sit hic de dolo actio: quod nos negamus, et recte negamus: quia in eadem conventione sit præscriptis verbis actio, si dolus tuus nullus intervenerit: ut proinde dolo tuo interveniente eadem esse debeat. In summa si de dolo actio alicubi competit, recte dicitur ibi et de eo in factum actionem esse; sed non si in factum actio est: ideo dixeris esse etiam actionem de dolo. Tunc solum utrique locus est, cum nullo dolo interveniente adversarii, nulla est adversus eum actio. Sic enim fit, ut dolo eius interveniente, cum ex ipso genere facti nulla alia actio sit, ipse dolus actioni de dolo locum faciat, et propter eam actionem locum habeat actio in factum. At utrique locus esse non potest, ubi ex ipso facto et conventione est adversus aliquem omnimodo actio, id est, etsi eius nullus dolus arguatur. Nam qui sine dolo suo aliqua actione tenetur, eum necesse est, et dolo eius interveniente in eadem caussa, et conventione eadem actione multo magis teneri: qua constituta sic actor ea utetur, ut de dolo agere non possit.

CAP.

CAP. XVII.

Explicantur, et diluuntur II. loci, quibus in hac specie, cum facio; ut des, actio de dolo ad id, quod dari videtur: ac primum *L. cum proponas*, *C. de dol.*

QUid igitur nobis relinquitur, constituta in hac specie, cum facio, ut des præscriptis verbis actione, nisi ut de dolo competere negemus? quod et initio fecimus: et, si nobis constare volumus, omnino ita faciendum est. Nec dubito, quin et docti homines idem facturi fuerint, nisi multi loci obiicerentur, in quibus scriptum videtur in hac specie de dolo actionem dari. Ergo hic labor nobis reliquus est, ut ostendamus nihil tale dici in illis locis, qui putantur contrarii. Quod si obtinebimus: opinor, sententia utilis et dilucida constituta est, et brevi opera magna et gravi molestia liberati sumus: quam suscipere cogimur, sed frustra, in illis conciliandis, quæ diversa sententia admissa, inter se conciliari nullo modo possunt.

Ac superiori sententiæ quatuor fere loci opponuntur. Primum *L. cum proponas*, *C. de dol.* Manumisi ancillam, ut mihi Pamphilum des, neque postea fidem servas. Illic ita scriptum est, revocandæ libertatis me potestatem non habere; sed solum, si nec dum statutum tempus excesserit, desiderare debere de dolo mihi decerni actionem. Et de eo rescripto idem mihi videtur, quod Bartolo, non agi in eo de Pamphilo dando, qui mihi a te promissus est; sed solum de ancilla mea manumissa revocanda: quam ad rem cum omnis alia conditio deficiat, quia libertas non possit revocari: ideo recte dicitur, solam de dolo actionem in eam rem competere. Quod ex verbis tum præcedentibus, tum sequentibus liquido colligi potest. Nam initio cum denegatur actio, de manumissa in servitutem revocanda denegatur. *Revocandæ*, inquiunt Impp. *libertatis potestatem non habes*: ut quod continenter subiicitur de actione de dolo dando, ad speciem præcedentem referri debeat de ancilla. Deinde in extremo cum alia actio, quam de dolo datur, non de Pamphilo datur; sed rursum de ancilla repetenda: ut appareat, quod dixi, unam illic de ancilla, quæ a me manumitti debuit, fuisse quæstionem, de qua sub distinctione respondetur: ut si quidem manumissa est, non possit libertas revocari: proinde nec ea, quæ manumissa est; si nondum est manumissa, et nec dum a me tibi tradita, tum et ancilla, et ii, qui ex ea nati sunt, revocari possint. Ac confirmatur id præcipue ex eo iure, quod de specie illic proposita constituitur. Observandum est enim diligenter, actionem de dolo, quæ illic decernitur, non dari tantum, cum manumisi ancillam, ut mihi Pamphilum dares: sed etiam cum tibi dedi ancillam, ut Pamphilum dares. Scio tentare Accursium, ut efficiat nihil amplius illic esse, quam id negotium, in quo feci, idest, manumisi ancillam, ut alium servum dares, sed frustra, cum factum proponatur hoc modo, tradidisse me videlicet tibi ancillam, ut mihi alium servum dares: te autem ancillam acceptam manumisisse. Quod quidem nihil aliud declarat quam me ancillam tibi dedisse, id est, tuam fecisse: neque enim manumittere potuisti, nisi dominus esses. *L. in prin. et in fin. C. de manumiss.* Ex quo intelligitur, quæ illic actio de dolo decernitur, eam in illa specie decerni, cum dedi ancillam, ut mihi Pamphilum dares. At hoc de Pamphilo petendo accipi non potest: cum certo constet eo nomine præscriptis verbis actionem dari. *d. L. naturalis*, *in prin.* Ita fit, ut quæ illic actio est de dolo, ea de ancilla manumissa solum proponi intelligatur.

CAP. XVIII.

In *L. solent*, *D. de præs. ver.* non esse sententiam Ulpiani, ut cum feci, ut dares, et dolo cessas dare, sit eo nomine de dolo actio.

SEcundo loco obiicitur nobis *L. solent*, *hoc tit.* Ubi Ulpianus illis verbis, quæ sunt in extremo, *nisi si quis dicat*, videtur in hac specie, cum indicavi tibi furem,

ut

ut mihi decem dares, et non das, actionem de dolo dare, si tuus dolus arguatur. Sed iam dixi illa verba non corrigentis esse, sed confirmantis potius priorem sententiam, quasi aut nemo id dicturus sit, quod subiiciat; aut si quis dicat, id contemnat, nec putet agere refutatione. In quo non necesse est repetere omnia, quæ supra diximus. Tantum dicam, non esse hanc mentem Ulpiani, ut his verbis mutet priorem sententiam, vel hinc facile intelligi posse, quod illam sententiam non simpliciter, aut dubitanter, posuerit, sed addita ratione, ex qua intelligeretur ipsum non dubitare, quin in ea specie actio, et ea civilis daretur, nempe præscriptis verbis. Si ab ea sententia vellet discedere, prius eum superiorem rationem infirmare oportuit. Nunc autem tantum abest, ut id faciat, ut etiam alio loco quam maxime confirmet, atque ea ad refellendum Iulianum, qui in diversa sententia erat, utatur. *L. iurisgentium, in prin. D. de pact.* Illud non prætermittam, quod et supra pluribus docui, etsi daremus actionem de dolo esse, ubi tuus dolus arguatur: tamen ex sententia superiore Ulpiani, quæ eo loco exposita erat, saltem hoc relinqui, ut ubi nullus tuus dolus sit, illic competat præscriptis verbis actio. Atqui, hoc concesso, consequens est, ut dixi, etiam cum dolus tuus arguetur, esse actionem præscriptis verbis, ut in eadem conventione et facto. Quamobrem superior locus eiusmodi est, ut utro modo posteriora verba interpretemur, utroque pariter in eos, qui contra sentiant, is locus convertatur.

C A P. XIX.

Explicatur *L. naturalis*, §. 1. illic; *Sed si dedi, de præsc. verb.* simul. *L. iurisgentium in prin.* illic; *Et ideo puto*, D. *de pact.*

S U M M A R I A.

1. *In* §. sed si dedi, L. naturalis, de præsc. ver. *Juliani sententiam referri, non probari, et* num. 7.
2. In factum actionem a prætore dandam *in L.* iurisgentium, in pr. de pact. *significare dandam esse a prætore actionem de dolo, non autem actionem in factum prætoriam distinctam a civili in factum, et* num. 3.
3. In factum civilem, *quod legitur in* §. sed si dedi, L. naturalis, de præscrip. ver. *recte legi, et locum minime corruptum a Triboniano.*
4. *Non* §. sed si dedi, L. naturalis, *emendandum ex* L. iurisgentium, in princ. de pactis, *sed verbum actionis in factum, quod est ambiguum, in* L. iurisgentium, *ex* §. sed si dedi, *interpretandum.*
5. *Iulianus quid senserit, et in quo a Mauritiano et Ulpiano si reprehensus in* L. iurisgentium, in princ. de pact.
6. *Cum feci, ut dares, et posteaquam feci, cessas dare, actionem præsctiptis verbis mihi dari ab Ulpiano etiam tunc, cum sciens me decepisti, in* L. iurisgentium, in prin. de pact.
7. *Referri sæpe sententiam aliorum a Iurisconsultis in Pandectis sine ulla reprehensione, ubi tamen sententia non probatur.*

QUÆ sequuntur, plus videntur difficultatis habere ad explicandum: ex quibus citatur tertio loco id, quod est in L. *naturalis*, §. *sed si dedi*, hoc tit. *Dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres: manumisisti, et is, quem dedi, evictus est: si sciens dedi*, inquit Paulus, *de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit; si ignorans, in factum civilem.* Hic ego, si cum his sentirem, qui in hac specie dicunt esse, ut ipsi loquuntur, ut facias, videri fortasse quibusdam possem habere, quo obiectionem in speciem eluderem. Dicerem enim in eo genere aliud dici, aliud in eo, de quo quærimus: etsi rationem differentiæ non satis explicare possem. Nunc autem iam supra dixi, quod et verum est, non aliud in proposita specie negotium contrahi, quam id, in quo manumisisti, id est, fecisti, ut tibi darem. Et quamvis alterum illud genus esse concederem: tamen etiam in hoc multo minus admitterem, competere actionem de dolo, si posteaquam dedi, non facias: cum in *L. naturalis*, §. *at cum do*, constet non aliam in hac specie dari, quam præscriptis verbis: ut non multum referat ad difficultatem diluendam, utram speciem in supra scripto loco proponi dicamus. Fateor igitur in eo loco Pauli agi de ea specie negotii, de qua quærimus, cum facio, ut des. Nego autem, sive locum de ea specie accipiamus, sive de altera, aliam actionem de sen-

sententia Pauli competere, quam præscriptis verbis: si quidem de eo agatur, quod ex conventione dari, aut fieri oporteat: hoc amplius superioribus verbis Pauli id infirmari nego. Observandum est enim, Paulum toto eo loco nihil de specie proposita affirmare; sed tantum quid de ea Iulianus scripserit, referre: *de dolo*, inquit *in me dan-*
1 *dam actionem Iulianus scribit.* Scripsisse † Iulianum ait. Num ergo eam sententiam, et ipse probat? Diceremus eum probare, si de ea nihil usquam alibi nominatim scriptum esset. Cur enim referret, nisi quia probaret? Sed si ea sententia alibi improbatur nominatim, non est, quod dubitemus Pauli locum sic accipiendum esse: ut dicat quidem Iulianum scripsisse; cæterum non affirmet id sequendum esse: sed aut ipse improbet, aut certe in medio relinquat: ita fiat etiam, ut res ex aliis locis constituenda sit. Nec multum ad rem facit, si alii erunt, quam Paulus, qui alio loco hanc sententiam improbent: quæ enim in Pandectis scripta sunt, perinde accipienda sunt omnia, quasi non a Paulo, aut Ulpiano, vel aliis, sed a Iustiniano scripta essent. *L. 1. §. omnia, L. 2. §. tanta, C. de veter. iur. enuclean.* Iam vero reprehensa est Iuliani sententia superior ex professo a Mauriciano et Ulpiano, exstatque confirmatio eius reprehensionis, quam sequamur in L. *iurisgentium, in pr. de pactis.* Quare et hanc ipsam reiicere, contrariam sequi debemus. An autem in eo reprehensus sit a Mauriciano, et Ulpiano Iulianus, quod de dolo dedisset, ita intelligi poterit, si statuerimus, quid ille scripserit. Et si vere scriptum est in *d. L. naturalis*, §. *sed si dedi, hoc tit.* fuit hæc Iuliani distinctio in superiore specie: ut siquidem sciens servum alienum tibi dedi, de dolo in me actio tibi danda sit; si ignorans, in factum civilis, id est, præscriptis verbis. Maurícianus, et
2 hunc † secutus Ulpianus Iulianum non reprehendunt, quod ille dixisset, civilem actionem in me dandam: nam hanc ipsam ita dandam esse confirmant, ut solam dicant sufficere, sed hoc reprehendunt; quod ille dixisset interdum actionem a prætore dandam, id enim tum fecit, cum hoc casu actionem de dolo dandam esse dixit. Nam hæc a prætore solum, seu edicto solum prætoris datur: hoc, inquam, reprehendunt illi, quod dicant etiam in hunc casum civilem sufficere, quia negotium civile sit contractum. Sed facile sentio, quid hic nobis ex adverso eruditi homines dicturi sint: non esse nimirum Iulianum a Mauriciano, et Ulpiano reprehensum, quod ille dixisset, actionem de dolo in me dandam; sed quod dixisset actionem in factum a prætore dandam, quod plerique omnes sic acceperunt: quasi Iulianus ita scripsisset, ut si sciens dedissem tibi servum, qui evictus est, danda esset in me de dolo actio; si ignorans, in factum prætoria. Hic vero Iulianum putaverunt hactenus reprehendi, quod hoc casu posteriore dixisset, prætoriam in factum dandam: cum esset in hunc casum civilis; cæterum eam partem sententiæ Iuliani, quæ est de actione de dolo non attingi: ita integram manere. Nec deest illis ratio. Nam si Iulianus in hac specie partim actionem de dolo dedit, partim actionem in factum civilem ut in *d. L. naturalis*, ex Paulo relatum est, nullus locus relinquitur actioni in factum, quæ a prætore detur: ea enim neque de dolo actio est, neque in factum civilis. Quibus cum obiicitur, scriptum esse diserte apud Paulum, scripsisse Iulianum, *aut de dolo actionem in me dandam, aut in factum civilem*: respondent locum Pauli a Triboniano interpolatum, et corruptum esse: quod alii factum ita excusant, quasi Tribonianus id posuerit de Iuliani sententia, quod ex notis ad Iulianum scriptis, de ea servari vellet; alii non sine flagitio id a Triboniano factum damnant. Ego † autem bona venia illos in- 3
terrogo, unde didicerint Tribonianum non recte, et fideliter retulisse Iuliani, seu Pauli verba; sed pro, *in factum prætoriam*, reposuisse, *in factum civilem.* Quod ad me attinet, cum omne parum tuto affirmari scio, quod si negetur, longius progredi non possis: tum vero periculose puto affirmari, quod ad derogandam publicis scriptis fidem et auctoritatem pertinet: neque vero ullo modo admittendum esse arbitror, nisi apertissime ita faciendum esse convincatur. Quodnam ergo huius flagitii et corruptelæ argumentum habent? nempe illud unum, quod scriptum sit apud Ulpianum in *d. L. iurisgentium, in pr.* Iulianum putasse actionem in factum a prætore dandam, non civilem. At hæc in factum actio, quæ a prætore detur, de actione de dolo accipi potest: non quod idem sit actio in factum, quæ detur a prætore, et actio de dolo; sed quia sæpe in qua specie actio de dolo competit, in ea dicimus actionem in factum a prætore dari, vel quod quæ actio de dolo est intra annum, ea post annum est in factum: vel quod quæ de dolo est, ea in factum potest temperari, et molliore verbo Iurisconsulti interdum uti malunt. Id quidem

fa-

factum scimus in *L. rei*, *quam*, *D. de dol.*
quod illic scriptum est, *actionem in factum cum sua indemnitate competere*, de
ea specie scriptum est, in qua actionem de
dolo competere inter omnes convenit. Non
semper ita accipi concedo, et nisi quid ostendat hoc modo accipiendum esse, non
esse accipiendum etiam concedo. Interim illud tenebo, in eam partem aliquando id
4 verbum accipi et posse et debere. Quod †
cum ita sit: quæro, utrum quod est in
hoc verbo ambigui, id ex loco Pauli nec
ambiguo, nec incerto interpretari debeamus; an contra ex incerto et ambiguo locum certum et diserte scriptum mutare.
Perspicuum vero est, quid hic fieri conveniat, nempe incerta ex certis, et minime
ambiguis interpretari et confirmare; non
item certa ex incertis convellere aut evertere debemus: præsertim si ad sententiam,
quam ex locis certis effici dicimus, vera ratio et aliarum partium iuris consensus ac-
5 cesserit. Sic † igitur, opinor, recte dicemus, scripserat Iulianus: si ego sciens alienum servum tibi dedi, ut tuum manumitteres, et manumisisti, dandam in me de dolo actionem; si ignorans dedi, in factum
civilem: ita hoc scripserat in hac specie,
actionem aliquando a prætore dandam. Nam
actio, ut dixi, de dolo solum a prætore datur: pro actione de dolo, dixit Ulpianus,
scripsisse Iulianum actionem in factum a
prætore dandam: verum eodem sensu. Solum hoc animadvertendum est, et solum
ad rem pertinet, quod Iulianus hic actionem a prætore aliquo casu dandam putavit. Quod actionem in factum civilem dedit adversus ignorantem, convenit hoc illi
cum Ulpiano et Mauriciano. Quod putavit
aliquando, actionem a prætore dandam, sive hanc de dolo esse volumus, sive loco
eius in factum prætoriam verbis temperatam, hoc illud est, quod superioribus improbatur: cum in totum in hac specie adversus me civilis sufficiat, idest, præscriptis verbis. Hic verus est, ut mihi vide-
6 tur, Ulpiani sensus. Ut † autem planius
intelligatur, Ulpianum non hoc solum sentire, actionem præscriptis verbis competere tunc, cum ego ignorans servum alienum
dedi; sed etiam in omnem casum, idest,
et tunc, cum sciens te decepi: expendatur, quam reprehensionis suæ rationem ille
afferat. *Non recte*, inquit, *dixit Iulianus in factum actionem a prætore dandam*,
quia civilis in factum actio, idest, *præscriptis verbis sufficiat*. Cur civilis? *quia contractum est*, inquit, *quod Aristo* συνάλλαγμα
dicit, *unde hæc nascitur actio*. Atqui etiam tunc contrahitur obligatio et illud,
quod Aristo vocat συνάλλαγμα, cum dedi tibi servum alienum sciens, ut servum tuum
manumitteres, et manumisisti. Unde certissima coniectura ducitur, etiam tum actionem in factum prætoriam eum repudiare,
et civilem dare, cum te decepi, ubi hoc
esse negotium contractum constat, quod
dixi. Quæ si ita sunt, ut non tam probabiliter videantur dici, quam necessario: tantum abest, ut sententia Iuliani superior nobis obstet, ut contraria sententia Ulpiani
bene constituta, id ipsum statuatur omnino, quod diximus de actione præscriptis
verbis omnimodo danda, vel ubi dedi, ut
dares, vel ubi feci, ut dares, quanvis utroque casu me deceperis. Illud † fortasse 7
aliquibus novum videbitur, et insolens,
quod dixi, Paulum in *d.* §. *sed si dedi*, ita
referri Iuliani sententiam, ut non probet:
quasi alio consilio retulerit, quam ut illa
uteretur, alioqui quid aliud, quam nos irrisit? Sed ne cui hoc ita videatur, sciamus
non nunc primum a me dici, referri interdum a iurisconsultis in Pandectis veterum sententias; quas tamen ii, qui proponuntur eas referre, non probent, aut
certe quæ probandæ non sint: sed exemplo a me fieri, atque adeo in locis compluribus omnium consensu esse receptum.
Ex multis pauci nunc sufficient. In *L.* 5.
§. *de arbore*, *supr. de rei vind.* ita scriptum est: *de arbore*, *quæ in alienum agrum translata coaluit*, *et radices immisit*, *Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant*, neque quidquam adiicitur eo
loco, quo significetur eam sententiam reprehendi. Sed omnes consentiunt locum sic
accipiendum esse: ut ne id probetur: quando hanc sententiam aliis locis certo notari
constet, quos ad superiorem illum referimus, ut *L. hoc amplius*, §. *Alfenus*, *D. de dam. inf. L. sed si meis*, §. *arbor*, *D. de acq. rer. domin.* In *L. si fideiussor*, D.
de dolo, *si fideiussor promissum animal ante moram occiderit*, de eo Papinianus ita
scribit: *de dolo actionem reddi adversus eum oportere*, *Neratius Priscus et Iulianus responderunt*: *quoniam debitore liberato ipse quoque dimittitur*. At hæc sententia multis locis repudiata est, ut *L. mora*, §. *ult. D. de usur. L. mora*, *D. de verb. obl.* Ne Papinianus quidem ipse probat, etsi referat: sed eam alibi aperte repudiat, in *L. Stichum*, *in pr. D. de solut.* de quo disserui pluribus ad *L. cum filiusfam. D. de verb. obl.* Adde, si videtur,

tur, et hos locos. Refertur sententia in *L. servus*, §. *ult. D. de dolo*: non probatur in *L. cum a te*, *D. eod.* Refertur in *L.* 1. §. *per contrarium*, *D. de dot. præl.* non probatur in *L.* 1. §. *item heres*, *D. quand. act. de pec. ann. est.*

CAP. XX.

Hic ex professo excutitur, et explicatur sententia §. *quod si faciam*, *L. naturalis.*

SUMMARIA.

1. §. Quod si faciam, L. naturalis, de præscr. verb. *de eo, quod ex conventione dari debuit, petendo accipi non posse, quin pugnet certo cum aliis locis: atque adeo omnino ita accipi non debere.*
2. §. Quod si faciam, *sententiam esse: de eo, quod factum est, revocando, nullam esse civilem actionem, idest, condictionem; et ideo hoc casu de dolo dari*, et num. 4. *in fin.* et num. 8.
3. *Civilis actionis verbo in* §. quod si faciam, *intelligi debere certam, ut excludat actionem præscriptis verbis: et cur, cum alioqui verbum sit generale.*
4. *Civilis actionis verbo in* §. quod si faciam, *non solum intelligi debere certam, sed etiam talem certam, qualem in prioribus caussis dixerat Paulus, idest, condictionem, et cur.*
5. *Præscriptis verbis actionem esse et dici actionem civilem, et de ea agi a Paulo in tota reliqua tractatione* L. naturalis, *et tamen eam actionis civilis verbo accipi non debere in* §. quod faciam, *variis rationibus evincitur, et num.* 6.
6. *Errare eos, qui cum facio, ut des, dicunt, ubi dolus tuus nullus arguatur, non præscriptis verbis actionem dandam, sed in factum prætoriam.*
7. *Civilis actionis verbo ut maxime concedamus intelligi actionem præscriptis verbis, in* §. quod si faciam; *tamen nihil profici, nisi ut locus repugnet innumeris aliis: in quo si quæritur, utra sententia cedere alteri debeat: omnia concurrere et in auctoritate plurium, et in æquitate et veritate sententiæ, cur Pauli sententia reiicienda sit.*
8. *Summa sententiæ* §. quod si faciam.
9. *Brevis comprehensio totius tractationis* L. naturalis, *de actionibus, quæ interveniunt in quatuor generibus contractuum incertorum illic propositis.*
10. *Præscriptis verbis actio; an de dolo detur, cum facio, ut des, quid intersit.*

Omnium difficillimus ad explicandum locus, et ex quo hæc omnis disceptatio maxime nata est, ad extremum nobis obiicitur. *L. naturalis*, *quod si faciam*, *h. t.* Sic enim verba sunt Pauli eo loco de proposita specie: ut illam sententiam, quam posui non leviter, aut obscure notare; sed disertis verbis velut ex professo reiicere, et contrariam statuere voluisse videatur. *Quod si faciam*, inquit, *ut des*, *et posteaquam feci*, *cessas dare*, *nulla erit civilis actio*,
1 *et ideo de dolo dabitur.* Et † si quis locum ita accipiat, quasi Paulus loquatur etiam de ea parte contractus, qua de re promissa agatur, non autem de ea tantum, in qua agatur de eo, quod factum est, retractando, non est meo iudicio, quod quisquam neget hunc locum ex diametro nobis adversari: non est, inquam, quod neget Paulum hoc dicere, denegari in hac specie in totum actionem præscriptis verbis, et nullam relinqui in omnem casum, nisi de dolo. Ut enim dederimus, verbo civilis actionis interdum non significari actionem præscriptis verbis, ut proinde eo verbo hæc actio non excludatur: attamen satis excluditur in eo, cum de dolo actionem dari affirmat: neque enim actioni de dolo locus esse potest, si ulla alia competit. Deinde si Paulus actionem tantum certam verbo superiore excluderet: non erat, quod inde colligeret actionem de dolo dari. Nam potius ita inferri debuit: et ideo actio præscriptis verbis, seu in factum civilis dabitur. Nam hæc utique certa non est: et certi iuris est, cum deficiunt vulgaria, et usitata actionum nomina, ad hoc genus actionis descendi et solere et debere, cum de contractibus agitur, *L.* 1. 2. *et* 3. *eod.* Sed hæc ita sunt, inquam, si quis Paulum de ea parte conventionis loqui putet, in qua de dando eo, quod promissum est, agatur. Quod si de eo non loquitur: res est expedita. Nam de eo, quod factum est revocando, ei qui fecit, fatemur nullam esse actionem civilem; et verum est, ut si de eo agi potest, consequens sit, unam superesse eo nomine actionem de dolo. Quid ergo? de eo, quod promissum est, petendo Paulus non agit? Si id dicimus, vereor, ne a plerisque

risque statim hæc sententia reiiciatur prius, quam inducta pro se caussam dixerit: ab iis præsertim, qui contemptis rationum momentis, et neglectis aliis locis, qui in contrariam sententiam tam clare de hac specie scripti sunt, ad verba tantum Pauli, quæ se hic ostendunt, adhærescent, et ex his de re tota iudicabunt. Nam verba generaliter scripta sunt: et Paulo in hac tota quæstione propositum est maxime de eo agere, quod dari, fieri debuit, ac de eo superioribus §§. præcipue ac illo dictum est: ut si quis hic neget, idem illum sentire, his et verbis videatur refelli, et scriptoris ipsius sententia, quæ facile ex præcedentibus colligatur. Sed peto, si qui tales erunt, ut de re velint cognoscere attentius: ita etiam spero, cum audierint, nobis æquiores futuros, et quod ante mirum videbatur, ultro probaturos. Ego †
2 vero Paulum ita interpretari non dubito: quasi diceret nullam esse in hac specie certam actionem talem, qualem supra dixit, idest, nullam condictionem, ex quo bene infert de dolo dari debere: dum hoc intelligatur, hanc esse dandam in ea specie, in qua de condictione quæritur; et tamen ea denegatur. In summa de eo, quod factum est, repetendo esse actionem posse; sed non condictionem, ut in superioribus generibus ostenderat, ideo hoc casu de dolo dandam. Sed verba nobis obstant. Quid enim, dixerit aliquis, an non hæc generalia sunt? an non adeo hæc universalis oratio est, nullam civilem actionem fore? qua oratione non una aliqua species actionis civilis, sed omnis civilis actio excluditur: proinde non condictio tantum; sed etiam actio præscriptis verbis, quæ et ipsa civilis est actio. Itaque cum dicimus condictionem solum his verbis, non etiam actionem præscriptis verbis excludi, an non adversantia Paulo dicimus? quis enim ignorat has orationes sibi invicem adversari: nihil eorum verum est, et aliquid eorum verum est: quod a Dialecticis sumptum Iulianus posuit in *L. si is, qui ducenda*, §. *utrum*, *D. de reb. dub.* Et †
3 sane si uno modo civilis actio dicatur: hoc ita esse fatendum est, fieri non posse, quin Paulo adversemur, si cum ille nullam esse actionem civilem dicit, nos præscriptis verbis actionem esse dicamus. Sed si verbum ambiguum est, quo Paulus utitur, cur non in verbo eam significationem sumimus, quæ cum aliis locis, et vera ratione consentiat, dummodo aliud sensisse Paulum aperte non probetur: Imo vero id ita faciendum est. Atqui verum est illud, quod a Francisco Duareno in hac specie responsum est *ad L. iurisgentium*, *in pr. D. de pact.* ambiguum esse verbum civilis actionis: quod et nos hoc loco recte usurpabimus. Est enim interdum, cum civilis actio omnem actionem contineat, quæ ex iure civili est, sive sit ex verbis, sive sit ex sententia: quomodo si intelligitur, sane etiam præscriptis verbis actio hoc verbo continetur, est enim hæc ex iure civili, unde et civilis passim dicitur, de quo postea. Hoc sensu si fateamur a Paulo dici, nullam esse civilem actionem, non liceat nobis actionem, præscriptis verbis esse dicere. Sed interdum hoc verbum paulo angustius accipitur, ut eo significetur non omnis actio, quæ sit ex iure civili; sed ea, quæ sit ex verbis ipsis legis, idest, quæ sit certa et solemnis: quæ propterea per excellentiam ita proprie appellatur.

Quod cum fit, certum est actionem præscriptis verbis, quæ incerta est, et ex sententia tantum legis, non ex verbis hoc verbo non contineri. Unde cum dicatur in *L. interdictum*, *D. de præc.* precarii nomine nullam iuris civilis actionem esse: nihil tamen contrarii dici putamus, cum alibi de precario legimus, non solum interdicto de precario uti nos posse, sed etiam actione præscriptis verbis. *L.* 2. §. 1 *L. duo* §. *ult. D. de prec.* Id si ita est, si quis iam ex hoc sensu nullam hic civilem actionem esse dicat, ut sit, nullam certam et solemnem: neque is quidquam alienum a significatione verbi et usu loquendi fecerit, simul idem nec præscriptis verbis actionem excluserit: nos vero id ita hoc loco interpretandum esse contendimus, Sed cur hoc modo potius, quam illo altero, quem et magis usitatum esse, et Paulo sæpe antea in eadem disputatione usurpatum scimus? Quia si præscriptis verbis actionem ex iis verbis denegabimus, pugnabit sententia cum tam multis locis, quos supra ostendimus: et præterea efficietur ea absurditas sententiæ, quam nulli adhuc aliter interpretati ulla ratione vitare potuerunt. In quo nihil nostro Marte confingimus, ne quis forte hic nos dicat divinare; sed regulam iuris sequimur, quæ est de ambigui interpretatione: quo præcipitur, ut in ambigua voce legis ea interpretatio sumatur, quæ vitio caret. *L. in ambigua*, *D. de legib.* Et † hac quidem interpretatione 4
ad superioris loci conciliationem usus est Franciscus Duarenus. Sed non progressus longius, ea responsione consecutus est duntaxat,

taxat, ut efficeret civilis actionis verbo, quo utitur Paulus, non denegari præscriptis verbis actionem; sed ex sententia eius non est consecutus: nam hoc concesso nihilominus in eandem fraudem incidit ex eo, quod sequitur. Cum enim colligit Paulus: *et ideo de dolo dabitur*, satis significat se etiam actionem præscriptis verbis excludere; aut certe illud admittendum erit, unam cum altera concurrere, quod pugnat cum edicto de dolo. Ita dum unam difficultatem vitat, in aliam incidit non paulo minorem. Quare hoc addemus, actionis civilis verbo hic intelligi debere certam quidem actionem et vulgarem, ut diximus; sed non quamvis certam, verum eam, de qua Paulo in ea disputatione est sermo: ut sic generalitas verbi ad institutum Pauli accommodetur, nec ad alia pertineat, quam ad ea, de quibus ante a Paulo actum est, nam et generalem transactionem eodem modo interpretamur, *L. si de certa*, *C. de transact.* Porro certa illa actio, de qua egit antea, condictio est ob caussam dati, quam in superioribus duabus speciebus competere dixerat, si quis vellet repetere, quod dedit. Quapropter certam actionem, qualem supra dixerat, in hac specie competere negans, condictionem competere negat. Ex quo iam recte colligit actionem de dolo dari: hoc sentiens videlicet, eo casu dandam, quo casu condictio requiritur; et tamen non competit. Quæ nos eo deducunt, ut intelligamus eum, de eo, quod factum est, retractando agere: in eo removere condictionem: ita plane consequens esse, ut sit eo nomine actio de dolo.

Hæc verbis huc usque satis convenire nemo negabit. Sed nihil ad rem verba faciunt, dicet quispiam, si adversatur scriptoris sententia: quæ in omni scripto præcipue spectanda est *L. in ambigua*, *D.*
5 *de leg. L. pen. D. ad exh.* Iam † vero quæ res in obscura voluntate scriptoris spectari iubentur, ex quibus mens et voluntas coniicitur: usus verbi, consuetudo eius qui loquitur, ea quæ præcesserunt, quæque sequuntur: *L. si servus plurium*, 50. *§. ult. D. de legat.* 1. ea omnia hic concurrunt, ut Paulus actionis civilis verbo actionem præscriptis verbis accepisse, et de eo petendo, quod dari debet, præcipue egisse existimetur. Scimus in usu iuris actionem præscriptis verbis civilem appellari. *L. iurisgentium*, *in prin. de pact. L. solent*, *hoc titul.* nec Paulus ipse aliter loquitur, qui civilem ita nominat absolute, ut præscriptis verbis actionem intelligat. Neque id facit alibi, sed in eo ipso capite, idest, in *L. naturalis*, cuius fragmentum est is locus, de cuius interpretatione agitur. Proinde et consuetudo sermonis, et usus loquendi auctoris, et ea quæ præcedunt, hanc significationem quam dixi plane arguunt. Sed ex iis, quæ præcedunt, illud maxime, quod sibi Paulus in ea tota disputatione ab initio tractandum proposuit. Id autem fuit, ut totius ob rem dati tractatus inspiceretur, in eoque quæreret, non solum quæ dati repetitio esset; sed etiam maxime ad petendum id, de quo dando, aut faciendo convenit, quænam esset actio. Idque aperte in duobus illis generibus præcedentibus, cum do, ut des, item do, ut facias, ab illo factum est. An censemus igitur illum velut oblitum, aut dissimilem sui non eadem hic de ista specie, cum facio, ut des, complexum esse, quæ de superioribus duobus, et in ea id, de quo non usque adeo quærebatur, posuisse: illud quod præcipue ad institutum et quæstionem faciebat, omisisse? Hæc et similia homines eruditi adversus illam interpretationem disputare solent. Quæ et ipse ingeniose dici fateor, et sunt eiusmodi, quæ me plurimum semper moverint; sed non usque eo, ut me usque adhuc vincere potuerint. Dicuntur enim recte, et omnino admittenda sunt in omni interpretatione voluntatis, sed hactenus: nisi absurditas sententiæ, et aliorum manifestus dissensus, quorum præcipue in iure interpretando ratio habenda est, refragetur. Nam cum efficitur absurda, aut falsa sententia, semper illam regulam tenere debemus, potius eam interpretationem capiendam esse, quæ vitio caret. *d. L. in ambigua*, *D. de legib. L. quoties in stipulationibus* 80. *inf. de verb. obl.* Fateor durum esse dicere, Paulum in eadem significatione verbi non perseverare, et quodammodo ambiguitate verbi ludere, atque hoc modo errorem obiicere legenti: dicere ab illo quæstionem de eo, quod convenerat præstando hoc loco prætermissam esse. Sed utrumque ferri potest: est enim in arbitrio scribentis, quomodo eo verbo, quod plura significat, utatur. Nec necesse est eum qui de aliqua re disserit, omnia quæ ad eam quæstionem pertinent, dicere. Et ne cui usque adeo mirum videatur, et non conveniens Paulo; quod dicimus, in hac specie, cum facio, ut des, respondisse illum de condictione; de re autem, quæ ex conventione dari debuit, responsionem omisisse: id ipsum facit omnino in ea specie, quæ illi ex fa-

cto

cto proposita est ad discutiendum in *d. L. naturalis, in pr.* nimirum cum facio, ut facias. De hac enim agens *in §. ult.* sic disputationem concludit. *Si ergo hæc sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit: et in proposita quæstione idem dici potest et necessario sequitur, ut eius fiat condemnatio, quanti interest mea, servum habere, quem manumisi.* Observa eum de servo tantum a me manumisso, idest, de eo, quod a me factum est, actionem dare in id, quod mea interest. Utrum actionem præscriptis verbis intelligimus? minime. Hæc enim de eo est, quod deducitur in conventionem, non de facto retractando. Quam ergo? nempe de dolo, ut supra in hac specie, cum facio, ut des, responderat: quia nulla sit in eam rem civilis, idest, certa actio ex iis, de quibus hic agitur, idest, nulla condictio. Id si in ea specie, quæ principaliter proposita erat, fecit Paulus, an usque adeo mirum videtur, aut ab eius sententia alienum, idem eum in hac specie, cum facio, ut des, de qua prius responderat, fecisse? Quod etsi non constaret: dici tamen posset, quod iam monui, ferri posse, quod non satis dilucide loquatur Paulus, et quod non omnia, quæ vellemus, persequatur. Hæc enim si vitia sunt: orationis sunt vitia, non sententiæ, quæ nihilominus vera retinetur. At illud ferendum non est, si quis dicat, cum facio, ut des, nullam esse actionem præscriptis verbis: item de eo, quod convenit, de dolo dari. Nam ad hoc refellendum satis est, si dicamus saltem tunc esse præscriptis verbis actionem, cum nullus dolus subest adversarii: nam hoc ita probatur in *L. solent, et* eadem *L. naturalis, §. sed si dedi, hoc tit.* ut qui neget, nihil amplius, quam ad verba ipsa eorum locorum sit revocandus.

6 Scio † esse, qui dicant, ubi nullus dolus tuus arguatur, non præscriptis verbis actionem dandam, sed in factum prætoriam, quod etsi superioribus locis satis coarguatur: tamen si quis id concesserit, quid profecturi sint, non animadverto. Non enim Paulus tantum dicit, cum facio, ut des, nullam esse civilem actionem: sed etiam addidit, de dolo dandam, quod ipsum aperte falsum est, si nullus tuus dolus arguatur. Dicent dictum Pauli sic esse interpretandum: de dolo dandam actionem, si aliquis dolus arguatur. Atqui ex hoc responso in id, quod volumus, incidunt: non esse verum, quod Paulus simpliciter definit, si eius responsum de eo, quod dari debet, accipimus. Sed illuc redeo, quod dixi, si nullus dolus arguatur, esse actionem præscriptis verbis, quod supra dilucide ostendimus. Hoc autem posito, absurdum est, si quis neget etiam tunc, cum sciens alienum promiseris, non competere mihi rursus eandem actionem: quæ absurda etiam ex ipsa Pauli sententia nascuntur, si modo illa sententia est Pauli, quam esse alii volunt. Atqui ut ea sententia se ipsa non refelleret: tamen cum de Pandectis agatur, et sint alii loci diserte scripti superiori sententiæ contrarii: faciendum est, quod Iustinianus iubet: id agendum videlicet, quantum possumus, ne unus locus pugnet cum alio. *L. 2. §. contrarium, L. de vet. iur. enucleand.* In qua conciliatione si quæritur, quid facto sit opus, et qui loci quibus cedere debeant, in promptu est, quid sequi debeamus. Quod positum a D. Agustino in *lib.* 3. *de doctrina Christiana*, in omni interpretatione et conciliatione dubiorum locorum observari decet, pauciora nimirum per plura: obscura et incerta per certa et dilucida interpretationem et legem capere debere. Quod cum ita sit in hac specie, ut in alteram sententiam, quam defendimus, plura sint et certiora testimonia: recte fit, atque ordine, si huic alios locos concedere iubemus. † Sed demus iam, 7
si ita placet, locum hunc Pauli æque plane, ut superiores, scriptum esse, et quidem ita, ut aperte neget actionem præscriptis verbis esse dandam: quid proficiemus, nisi ut locum esse superioribus contrarium efficiatur? quo admisso, introducetur etiamnum hæc quæstio, quis aliis cedere debeat. At hoc si quæritur, res est expedita. Nam et unum locum pluribus, et obscurum dilucidis, et quod sine ratione dicitur, veræ rationi parere oportet. Nunc autem quam multi sint loci in contrariam sententiam, satis supra demonstravimus. Rationes vero, cur etiam in hac specie præscriptis verbis actio dari debeat, eiusmodi allatæ sunt, ut ne auctore quidem Paulo res dubitationem habere videatur. Conferamus iam contrariam sententiam: quid simile reperiemus? immo vero ut quis dicat, nullam hic actionem esse præscriptis verbis, ubi fateatur negotium civile geri non minus: quæ tandem ratio, nisi inepta et ridicula reddi potest? Sunt, qui dicant ideo fieri: quia nihil in dantem transferatur, nihil facienti absit: quod in poliente et sarciente vestimenta perspicue falsum est. Et ut verum sit nihil transferri: tamen satis est quid fieri, quod erat in potestate facientis non facere: quod factum ei absit, et simul ad volun-

luntatem accipientis pertineat. Alioqui idem in ea specie dicendum erit, cum facio, ut facias. Alii conventionem dolo malo factam nullius momenti esse dicunt. Quod ad hanc speciem non pertinet, ubi is, qui promittit, decipit ipse, non decipitur; et si pertineret, falsum esset, quod ita promittitur, in eo inutilem esse pactionem, de quo satis supra diximus. Alii nullum hic negotium nominatis contractibus simile geri dicunt, ut consequens sit, nullam iuris civilis actionem in eo dari: idest, præscriptis verbis: quod et ipsum cuiusmodi esset, abunde supra ostendimus. Reliquæ rationes, quæ ab aliis huc afferuntur, sunt eiusmodi, quæ refutatione non indigeant, adeo sunt nugatoriæ, et se ipsæ satis ostendunt. quas refellit Alciatus *Lib. 5. Parad. Cap.* 1. Duaren. ad *L. iurisgentium, in pr. D. de pact.*

Quare si hac sententia admissa, quasi præscriptis verbis actio in hac specie in *d. §. quod si faciam*, non detur: non tamen perficimus, quominus et Paulum in eo non recte sensisse, et eius sententiam non esse servandam fateri cogamur: an non præstat commoda aliqua interpretatione sic locum eius interpretari, ut eum retineamus et verbis interpretatio conveniat, et nihil sit in sententia Pauli absurdi, nihil quod cum
8 aliis locis non recte conveniat? Dicamus † igitur iam breviter hunc esse sensum Pauli, cum do tibi, ut des, vel do, ut facias, et posteaquam dedi, cessas dare, aut facere: in his non tantum esse mihi actionem adversus te de eo, quod convenit; sed etiam dati repetitionem, in eamque rem actionem civilem, et certam: nempe condictionem ob caussam dati, caussa non secuta. Quod prioribus §§. de duobus illis generibus expositum erat. At si faciam, ut des, et posteaquam feci, cessas dare, esse quidem et hic actionem præscriptis verbis, si de eo, quod convenit, præstando agatur: quod tanquam confessum prætermissum Paulo putamus; verum nullam esse in hoc genere civilem et certam actionem: nullam, inquam, talem, qualem in superioribus generibus esse dixerat, idest, nullam condictionem eius, quod factum est, ob eas caussas, quas initio exposui; et ideo de dolo dandam: intellige hoc casu, quo facti repetitio et condictio quæritur, quæ iure civili nulla est. † Quæ si 9
vera sunt: hæc erit summa disputationis, quam de quatuor generibus propositis contractuum ex *L. naturalis*, et aliis locis teneamus. Cum do, ut des, aut do, ut facias, neque placiti fidem præstas ultro petenti mihi dati condictio est: si modo quod dedi, sit in ea caussa, ut per rerum naturam præstari possit. Quod si non poterit præstari: veluti, si dedi ancillam, quæ a te manumissa est, licebit nihilominus mihi agere adversus te in id, quod mea interest, ancillam datam non esse: eritque in eam rem de dolo actio, quæ sententia est *L. cum proponas, C. de dol.* At cum facio, ut des, vel facio, ut facias, hic nulla facti esse potest condictio, et ut Paulum loqui arbitramur, nulla est civilis actio: quamobrem et hic eo nomine sine ulla distinctione de dolo dabitur. Atque hæc ita sunt, si de re data revocanda velim experiri. Quod si in id agetur, ut mihi præstetur id, de quo convenit: sic de omnibus contractibus incertis statuemus sine exceptione: sive dem, ut des; sive dem, ut facias; sive faciam, ut facias; sive id, de quo quærimus, faciam, ut des: esse mihi adversus te de eo, quod in conventionem deductum est, actionem civilem, et eam præscriptis verbis, idque sive dolus tuus aliquis intervenerit, sive nullus. Et quia competit actio præscriptis verbis, ideo in hanc speciem de dolo non erit: quia cum civilis sufficiat, non sit a prætore danda. *d. L. iurisgentium, in pr. pact.* Utrum † 10
de dolo detur, an præscriptis verbis, hoc refert, quod de dolo actio famosa est; *L. 1. D. de his, qui not. infam. L. pen. D. de in int. rest.* præscriptis verbis nequaquam, cum neque edicto de infamibus, neque usquam alibi hac actione damnato infamia irrogetur. Actio de dolo intra biennium solum competit *L. ult. C. de dolo.* Actio præscriptis verbis, ut civilis, perpetua est, *Inst. de perp. et temp. act. in pr.* Illud tenendum est, cum in his generibus actionem esse dicimus præscriptis verbis, simul hoc dicere nos, esse etiam actionem in factum: nam præscriptis verbis actio est in factum civilis. *L. 1. et 2. hoc tit.*

CAP.

CAP. XXI.

Præscriptis verbis actio quid sit, et cur sic vocetur.

SUMMARIA.

1. *Præscriptis verbis actio, quid sit.*
2. *Præscriptis verbis actio cur ideo dicta.*
3. *Præscripta verba quid hic significent.*
4. *Præscriptis verbis actio cur dicatur subiici, et subdi, pro dari.*
5. *Nomen actionis in agendo certum exprimi oportuisse iure Romano, si actio certum nomen habuit.*
6. *In præscriptis verbis actione nullum certum nomen exprimi; et quare.*
7. *In factum actionem esse etiam præscriptis verbis, non tamen in usu iuris ita dici, et cur.*

HOC iure de præscriptis verbis, et in factum actione constituto, quid sit utraque, et cur ita vocetur; quid una ab altera differat: quid singularum proprium
1 sit, considerandum est. Ac quid sit † actio præscriptis verbis, ita facile poterit intelligi. Iam primum de hac actione Iulianus scribit in *L.* 3. *h. t.* ad hanc *confugere necesse esse*, *quoties contractus exsistunt*, *quorum appellationes nullæ iure civili proditæ sunt*, dixit, *quoties contractus*, non autem in universum, quoties negotia, seu caussæ exsistunt. Ex quo colligimus, hoc verbum usurpari solere non in maleficiis, aut aliis obligationum caussis, sed in contractibus dumtaxat: neque his omnibus, sed iis tantum, quorum appellationes iure civili nullæ sunt: nempe iis, de quibus supra disseruimus, et in his solis; alioqui Iuliano ita dicendum fuit, ad quam confugere necesse est, quoties caussæ aliquæ exsistunt, quarum appellationes, et quæ sequuntur: non autem ad contractus incertos revocare, quod omnium aliarum caussarum commune erat. Iam in *L.* 1. *et L.* 2. *eod.* scriptum est, non competere actionem præscriptis verbis, nisi cum cessant iudicia prodita, et vulgares actiones, sive cum deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina. Ex quo intelligimus, præscriptis verbis actionis nullum nomen esse. Merito, cum unaquæque actio ex eo negotio, unde nascitur, nomen habeat: fieri autem non possit, ut nomen ex contractu nanciscatur ea, quæ ex eo nascitur, cuius nullum nomen est. Neque mirum sit, esse aliqua negotia, quorum nullum nomen proditum sit iure civili: natura enim cogente id fit, qua comparatum est, ut plura sint negotia quam vocabula, ut est in *L.* 4. *eod.* His de natura huius actionis separatim cognitis, nihil negotii est intelligere, actionem præscriptis verbis sic recte posse definiri: ut sit nuda et simplex, nullo proposito actionis nomine, eius quod in conventionem deductum est petitio, recepta in iis contractibus quorum appellationes nul-
læ iure civili proditæ sunt. Dictam † esse 2
hanc actionem ex eo, quod præscriptis verbis rem gestam demonstret, et ea demonstratione vice nominis, quo caret, utatur, et multis doctis viris placet, et iam olim docuit Duarenus *ad L. iurisgentium*, *in pr. D. de pact.* quod et mihi verissimum videtur. Est tamen, nisi explicetur, non usque adeo omnibus expeditum: et non desunt etiam ex viris eruditis nonnulli, qui totam hanc rationem nominis repudient, et ii quidem, quorum doctrina et auctoritas non parum movere nos debeat. Quare, si placet, de eo amplius consideremus. Et paulo timidius de eo affirmaremus, nisi hæc actio hac ipsa circumlocutione describeretur ab Alexandro Imperatore in *L. cum mota*, *C. de trans. act.* Sic enim ille. *Aut enim*, inquit, *stipulatio conventioni subiecta est*, *et ex stipulatu actio competit*: *aut si omissa verborum obligatio est*, *utilis actio*, *quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat*, *danda est*: idest, uno verbo, actio præscriptis verbis. Inepta prorsus et aliena descriptio, nisi id, quod ad hanc actionem demonstrandam dicitur, proprium sit eius actionis. Quod si proprium: quis neget, cum verba cum re consentiant, actionem ex re ipsa esse appellatam? At a quo Imperatore tandem hæc descriptio est? Alexandro videlicet, qui non sapiens tantum, sed doctissimus etiam et consultissimus sit habitus: quique in consilio et iure reddendo doctissimis et prudentissimis Iurisconsultis maxime præter cæteros sit usus: ut nemo dubitare possit, quin consuetudinis loquendi, et iuris peritus Princeps in hoc verbo et rebus, et consuetudini loquendi, et iuri consentanea scripserit.

Sed hoc intelligitur certius, si cognoveri-

rimus, quid sit, rem gestam demonstrare verbis præscriptis, et cur præcipue id facere hæc actio dicatur: tum enim certo statuetur, hanc verbi rationem, quam maxime rei, et naturæ huius actionis esse convenientem. Res gesta est id, quod factum, gestum, contractum est; unde hæc quoque actio in factum appellatur, ut postea pluribus indicabimus. Demonstrat actio rem gestam, cum editur: sic enim editur, ut res, seu factum exponatur, sic deinde subiiciatur petitio. *L. edita*, *C. de eden.* Demonstrat verbis: nempe iis, quibus res gesta narratur et exponitur; dum ipsa editur. De-
3 monstrat autem verbis præscriptis, ubi † præscriptis accipere non debemus, certa et velut ad certam formulam concepta: ut cum dicimus, conceptis verbis iurare (nulla enim in hac actione verborum conceptio est, quæ in directis solum, et solemnibus actionibus olim observabatur, non in utilibus. *L. antepen. D. de neg. gest.* alioqui vulgares et usitatæ actiones, quæ certis conceptionibus constabant: multo magis præscriptis verbis dici debuerunt) sed præscripta verba hic declarant, ante scripta: dicuntur enim ita, habita ratione ipsius petitionis, quæ instituitur. Verba rei gestæ præcedunt, seu, quod idem est, res, ut gesta est, ante narratur: sequitur deinde petitio: ita verbis rei gestæ ante scriptis
4 petitio subiicitur. Ad † quem ordinem verborum et actionis alludens Papinianus in *L. 1. in fin. eod.* pro his verbis, *in factum civilis datur actio*, dixit, *in factum civilis subiicitur actio*, cur subiicitur, nisi quia in ea proponenda aliquid præcessit? quid autem præcessit, nisi verba rei gestæ, unde merito hæc præscripta, idest, ante scripta dicuntur, eademque forma loquendi dictum est in *L. si pro fundo*, *C. de transact.* agi *præscriptis verbis*, *actione civili subdita.* Nec dissimiliter præscriptionis verbo usus est Cicero *Epist. 2. Lib. 5. ad fam.* dum ita scribit, *iam illud S. C. quod eo die factum est, ea præscriptione est.* Similiter et Cornelius Tacitus *Lib. 1. Annalium*, his verbis de Tiberio loquens: *Ne edictum quidem, quo patres in curiam vocabat, nisi Tribunitiæ potestatis præscriptione posuit sub Augusto acceptæ.* Id est, nisi prius scripto titulo Tribuni plebis, quo se ostenderet, eam vocationem instituere non pro imperio principis, sed solum pro Tribunitia potestate, quam ab Augusto accepisset. Dixerit hoc loco aliquis, nihil in hac præscriptione et demonstratione rei gestæ proprium esse huius actionis: rem enim esse omnium actionum communem, ut cum actio editur, factum et res ante gesta exponatur, tanquam caussa actionis: deinde subiiciatur petitio. Nam nisi id fit, neque adversarius speciem facti intelligere potest, neque illud scire, utrum cedere, an contendere debeat: ignorans, sitne aliqua idonea caussa, cur a se petatur, an nulla, quod tamen illi in omni actione edenda præstandum est. *L. edita*, *C. de eden. L. 1. D. eo.* Quod si verum est: non magis videtur hæc actio dici debuisse præscriptis verbis; quam cæteræ omnes, in quibus eadem verba præscribuntur in editione actionis. Sed neminem movebit hæc obiectio, qui intelliget actionem præscriptis verbis ideo ita dictam, quia solum verbis præscriptis rem gestam demonstraret; non etiam alio indicio actionis proprio ad se ostendendam uteretur. Similiter ut obligationes ex consensu dicuntur, non quæ consensum in se habent (alioqui omnes obligationes ex contractibus descendentes dicerentur ex consensu nasci: cum nullus sit contractus, qui non habeat in se consensum et conventionem; *L. 1. §. 1. D. de pact.*) sed eæ, quæ solo consensu contrahuntur, *Inst. de obl. ex cons.* Cæteræ actiones certæ et vulgares verba quidem rei gestæ habent; sed in his non consistunt: est aliud quiddam earum proprium, quo unaquæque designatur in iudicio, et unde nomen habet itidem. Ut in iis obligationibus, quæ ex contractu nascuntur, fieri videmus, quæ præter consensum, aut rem, aut verba, aut literas desiderant: hæ enim non consensu contrahi dicuntur, sed aliæ re, aliæ literis. Quid † ergo in cæteris actionibus 5
vulgaribus edendis, et proponendis requiritur, quod sit proprium uniuscuiusque? nomen certum actionis, quod in actione proponenda exprimi iure Romano oportuit, ac sine eo nulla fuit actio, ut pluribus ostendi *ad L. edita*, *C. de eden.* patetque *ex L. 1. et L. 2. hic. L. 1. D. si mens. fal. mod. dix.* Hinc illæ veterum dubitationes in quibusdam caussis, de titulo et nomine certo actionis constituendo, cum alii alium contractum, aliamque actionem esse dicerent. *L. 1. D. de æstimat. act. L. naturalis*, *§. ull. L. si tibi rem*, *§. Iulianus L. apud*, *§. 1. et similibus*, *hoc tit.* quæ omnis supervacua erat quæstio, si in illis speciem tantum facti aperte proponere sufficiebat, ac deinde petere, ut id, de quo convenit præstaretur.

Hæc † nomina cum in omnibus nogotiis 6
non occurrerent. Cum, ut dixi, plura sint ne-

negotia, quam vocabula: necessitas eo rem deduxit, ut aut in his deneganda esset actio, aut præscriptis verbis esset agendum. Non si nomen actionis nullum fuit, ideo actionem denegari oportuit, si eam dari eadem æquitas postulabat. Quid enim nomen de re mutare debuit, aut potuit? bene Iustinianus in *L.* 2. *C. com. de leg.* dicit leges non verbis, sed rebus esse imponendas. Ita hoc relictum est, ut confugiendum fuerit ad actionem præscriptis verbis, ut dicitur in *L.* 2. *et* 3. *eod.* idest, ad eam formulam, qua sine ullo nomine actionis res gesta tantum demonstraretur verbis, ac deinde ex re ipsa petitio subiiceretur. Inde præscriptis verbis dicta, quæ ita rem gestam demonstrat his verbis, ut hac demonstratione pro iusto nomine utatur. Quæ cum videamus tam præclare rebus convenire, et præterea tam aperta descriptione doctissimi Imperatoris confirmari: neminem facile postea futurum arbitror, qui his cognitis, hic amplius hærendum esse arbitretur.

Non desunt tamen, ut dixi, etiam doctissimis hominibus quibusdam rationes, quibus hæc notatio improbetur. Nam si ex eo dicta est actio præscriptis verbis: quia verbis ante scriptis rem gestam demonstret, quæcunque actiones ita verbis rem gestam demonstrabunt sine ullo nomine actionis, eæ dicentur præscriptis verbis: necesse est enim, cui definitio nominis convenit, eidem tribui et nomen definitum, itaque etiam in factum actiones prætoriæ erunt præscriptis verbis. Nam et hæ hac ipsa rei gestæ demonstratione, non ullo certo nomine actionis constant. At prætoriæ in factum actiones, quales sunt, quæ in subsidium legis Aquiliæ dantur, non sunt actiones præscriptis verbis, satis enim constat, actionem præscriptis verbis civilem esse, de quo postea, non prætoriam: ex contractu, non etiam ex delicto. Non igitur ex ea rei gestæ demonstratione præscriptis verbis actio dicta est. Addunt etiam Græcorum auctoritatem. Nam Harmenopulus *lib.* 2. *Epito. cap.* 3. si hanc actionem expressit, ut eam nominaret τῶν προγεγραμμένων συμφώνων ut sit actio præscriptarum conventionum, seu ex præscriptis conventionibus, sive ex præscripto conventionum.

Et † quod ad superiorem rationem attinet, agnosco eam esse eiusmodi, quæ sit 7
animadvertenda. Nam et ego illis assentior, si vera notatio est, dicendum esse, quæcunque actiones demonstratione rei gestæ pro nomine, quo carent, utantur, eas et præscriptis verbis ssse actiones. Idem admitto consequens esse, etiam in factum actiones, quæ sunt prætoriæ, præscriptis verbis actiones dici posse, et re vera esse. Hoc illi falsum esse, et certis locis teneri putant. Ego doceo esse verissimum: omninoque ita se rem habere, ut quæcunque est præscriptis verbis actio, eadem sit et in factum: et contra quæcunque est in factum, eadem sit et præscriptis verbis.

C A P. XXII.

In factum actio quid sit, et quid ab actione præscriptis verbis differat.

S U M M A R I A.

1. *In factum actio, quid sit.*
2. *In factum actionem eandem esse et præscriptis verbis, et quæ præscriptis verbis, eandem in factum.*
3. *In factum actionem et actionem præscriptis verbis significatione easdem, in usu tamen iuris distingui: et quamobrem.*
4. *Harmenopuli sententia de actione præscriptis verbis explosa.*
5. *Præscriptis verbis actionem, quæ dicitur, non ideo esse ex verbis.*
6. *Præscriptis verbis actionem minime esse ex præscriptis conventionibus, seu ex præscripto conventionum, et minime inde dici.*
7. *Præscriptis verbis actionem dicamus, an ex præscriptis verbis, multum interesse, et in eo valde falsum esse Harmenopulum.*

1 QUid † est enim in factum, aut quæ vis huic verbo subiecta est? Et dicitur in factum, non quæ datur adversus factum: omnis enim actio in personam ex facto est adversus personam, non adversus factum. *L. actionum in pr. et* §. 1. *D. de obl. et act.* sed in factum valet, iuxta, sive secundum id, quod factum est, concepta et composita actio. Quod ex eo intelligimus, quod plerisque in locis cum in factum actio, aut exceptio nominatur, additur concepta, aut composita, ut *L. quod* bo-

bonis, *in pr. D. ad leg. Falc.* §. 1. *Inst. de exc.* Quomodo autem concipitur, aut componitur in id, quod factum est? verbis videlicet, quæ ante scripta id ipsum factum, idest, rem gestam demonstrat. At-
2 qui † nihil aliud declarat præscriptis verbis actio, quam eam ipsam actionem, quæ verbis in factum composita, aut concepta est: cum enim nomino actionem præscriptis verbis, oratio est, cui apparet aliquid deesse, subauditur autem constans, vel concepta, seu composita. In quid autem verba præscribuntur, seu præscripta concipiuntur? nempe in rem gestam, ut appellat Alexander in *d. L. cum mota, C. de transact.* idest, ut nunc loquimur, in factum, unde et præscriptis verbis actio dicitur in factum. *L. 1. et passim, toto hoc tit.* Et ut intelligatur in *præscriptis verbis* ea verba significari, quæ præscribuntur *in factum*: interdum plena oratione coniunguntur ista, diciturque *actio præscriptis verbis in factum*, ut in *L. Titius, eod.* quod nihil aliud est, quam actio, constans verbis in factum præscriptis. Ex quibus apparet, utriusque verbi vim et potestatem esse eandem: sicque fieri omnino, quod dixi, ut omnis præscriptis verbis, sit etiam in factum, de quo convenit. *L. 12. si vir, L. si tibi rem, et passim, eod.* Sed et idem vice versa valet, ut quæ in factum est composita, sit, et constet verbis in factum ante scriptis, idest, præscriptis.

3 Sed † frustra laboramus, dicent: cum certo constet actiones in factum ab actionibus præscriptis verbis distingui: quippe actiones in factum etiam ex maleficiis nasci, easdemque esse prætorias. *L. quia actionum, eod.* At præscriptis verbis actionem ex contractibus dari. *L. 3. eod.* et civilem esse, non prætoriam. *L. iurisgentium, in pr. D. de pact. L. solent, hoc tit.* Nego hæc esse contraria: distinguuntur enim ista in usu iuris, non vi et significatione verborum; sed docendi gratia. Notatio et vis horum verborum manifesta est, ut dicatur in factum, quæ est in factum, et rem gestam concepta; et præscriptis verbis, quæ constat his ipsis verbis in factum scriptis: ut latine scientibus sine dubio utrumque compendio sermonis idem exprimat. Sed in usu iuris distinguuntur ista, ut præscriptis verbis intelligatur ea, quæ est in factum civilis, ex contractibus incertis prodita; actio autem in factum generis quidem nomen sit: ut plurimum autem dicatur ea specialiter, quæ ex maleficiis, aut quasi maleficiis, quorum nullæ sunt iure civili appellationes, competit, dicta *L. quia actionum, eod. L. actionum, in fin. D. de obl. et act.* An quia, inquam, istorum significatio diversa est secus, quam diximus? minime: sed quia visum est ad docendum commodius, singulas res singulis appellationibus distinguere; quia singulæ suis nominibus notatæ facilius discernantur. Hoc si a nobis nunc primum excogitatum esse ad defensionem; cæterum novum et aliis in rebus inusitatum putum putamus, in iure civili peregrini et hospites sumus. Notum est enim, quid Iustinianus scribat de verbis iniusti, rupti, et irriti facti testamenti in §. *alio, Inst. quib. mod. test. infr.* Si vim et significationem verborum sequimur, quodcunque iniustum est, idem irritum est: et nullum irritum, nisi quod iniustum, idemque de rupto et irrito multo magis licet dicere. Nam et quod rumpitur, irritum fit sine dubio: et quod fit irritum, quid aliud, quam rumpitur? quod et Iustinianus ibidem testatur. Atqui ista distingui scimus in usu iuris, ut quædam non iure facta dicantur, quædam iure facta rumpi, vel irrita fieri. An quod illa, si verborum vim spectamus, non idem significant? imo, inquit Iustinianus: sed quia commodius erat, singulas caussas singulis appellationibus distingui. Et ne id in superioribus tantum verbis factum putemus, idem videmus evenire in re quam simillima, nimirum in verbis actionis et petitionis, quæ cum idem significent, ut indicat *L. exstat, in pr. D. quod met. caus.* tamen in iure, docendi caussa, ita distinguuntur, ut sint species diversæ: sitque actio in personam, petitio in rem, et nihilominus rursum actio generis nomen obtineat. *L. actio, D. de obl. et act. L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. sign.* Quid actio ex stipulatu? nonne si verbi significatio attenditur, omnem actionem continet, quæ est ex stipulatione, etiam certa? non est dubium. Nam stipulatus valet idem, quod stipulatio, neque aliud declarat hoc verbum in *L. pecuniæ, in pr. D. de usur. L. 3. in fin. C. de inutil. stipulation.* unde actio ex stipulatu dicta etiam tunc, cum certa est stipulatio: ut sit actio ex stipulatione. *L. prædia, D. de act. em. L. si pacto, C. de pact.* Atqui usus iuris obtinuit, ut actiones ex stipulatione sic distinguantur: ut ex certa sit condictio certi, ex incerta sit ea, quæ proprie appellatur ex stipulatu, et quidem ita, ut ea negetur ex stipulatione certa competere in *L. si quis certum, D. si cert. pet.* Quare non est, quod

quod ista obiectione deterreamur, quominus eam notationem, quam posui, quæ se ipsa ostendit, et certa auctoritate Imperatoris Alexandri nititur, retineamus.

4 Sed † opponitur nobis auctoritas Harmenopuli: Gravis scilicet auctor Harmenopulus, et dignus, cuius audiendi caussa vadimonium deferatur, credo: quia Græcus est, et aliena lingua, non Latina utitur. At vide, quam a plerisque, qui istum nobis obtrudunt, dissentiam. Ego si quid verum me habere credam, continuo mihi suspectum fiat, si idem ab Harmenopulo positum videam. De quo homine non necesse habeo dicere, quod sentio, et quod homines eruditi, cum parcissime loqui volunt, de eo dicere solent, hominem peregrinum fuisse, in iure Romano non satis exercitatum, sæpe etiam rudem videri. Tantum dicam, quod huius loci proprium est, vel hunc unum locum, et interpretationem Harmenopuli de actione præscriptis verbis abunde sufficere, ut probetur isti homini non tam peritiam iuris Romani, quam iudicium, et linguæ Romanæ etiam mediocrem cognitionem defuisse. Cum illæ præscriptis verbis interpretatur τῶν προγεγραμμένων συμφώνων: nempe *verba* interpretatur conventiones, et *præscriptis verbis* idem valere vult, quod ex præscriptis verbis, seu ex præscripto conventionum, idem enim declarat actio locati et conducti, quod actio ex locato et conducto: actio empti et venditi, quod ex empto et vendito. Quam in
5 paucis verbis multa peccata. Principio † quomodo hæc actio ex verbis? nullo vero modo ex verbis nasci dici potest. Nam primum non semper cum trado tibi aliquid, nominatim convenit verbis, ut vicissim aliquid facias: sed ex eo, quod certo modo datur, tacite intelligitur, quid agatur: nec tamen minus hinc nascitur præscriptis verbis actio de eo, quod tacite actum est, quam si nominatim convenisset: ut, si dem tibi servum quæstionis habendæ caussa, cum furti argueretur, neque nominatim convenerit, ut, nisi de eo compertum esset, redderes: si gratuitam habitationem dedi, si dedi annulum inspiciendum, neque convenit, ut redderes. In his omnibus quia id agitur, ut quod alicuius rei gratia tibi trado, ea, re finita, reddas: actio præscriptis verbis competit, ut reddas. *L. si dominus, L. si gratuitam, in pr. L. duo, h. tit.* Et quomodo tandem ex verbis actio dici potest, ubi de re præstanda nulla omnino verba sunt? Demus nominatim convenisse, ut dares, aut faceres, num ideo obligatio, aut actio ex verbis? Ex conventione, et pacto nasci dici potest: ex verbis non potest. Neque enim conventio est, verba; sed is consensus, qui verbis declaratur: neque cum aliquid convenit in emptione et venditione, locatione et conductione, et similibus contractibus, qui consensu perficiuntur, etsi verbis id caveatur, ideo ex verbis obligatio, seu actio nasci dicitur, sed ex consensu. Tunc solum verborum, seu ex verbis obligatio esse dicitur, cum præter consensum ad obligationem contrahendam verbis, idest, interrogatione et responsione est opus: quæ cum in his contractibus, cum do, ut des; do, ut facias, et cæteris similibus non desiderentur: perspicuum est, neque hic actionem esse ex verbis, neque ita dici præscriptis verbis, quasi verba hic significent τὰς συμφωνὰς, seu conventiones.

Iam † vero quid est hoc actionem præ- 6
scriptis verbis dici: quia sit non tantum ex verbis, sed etiam ex verbis præscriptis, seu ex præscriptis conventionibus, aut præscriptio conventionum? Si hoc intelligit: cum do tibi, ut des, aut facias; cum facio, ut des, aut facias, nisi conventio præscripta erit, non competere præscriptis verbis actionem, toto iure errat. Ex contractibus incertis est hæc actio: nihil porro ad obligationem scriptura facit, si alio modo contractus probari potest. *L. 4. D. de fid. Inst. L. instrumentis, L. cum instrumentis, C. eod.* Sin hoc putat, competere hanc actionem, etiam nulla scriptura interveniente: quis non videt eum non attendere, quid dicat, si hoc dicit: nihilominus actionem ex ante scripta conventione nuncupari, ubi scriptam conventionem nullam esse fateatur? quod plane idem est, ac si quis actionem ex verbis esse dicat, ut ubi res sine verbis gesta est; aut literarum obligationem, ubi nullas literas esse concedat. At ego plus dico, etsi conventio præscripta sit, et ex ea agatur: non ideo tamen dicendum, esse hanc actionem ex præscriptis conventionibus, seu præscripto conventionis. Nascitur obligatio et actio ex conventione, seu contractu, qui instrumento continetur: non ex scriptura, quæ, ut dixi, ad fidem rei gestæ tantum, non ad obligationem pertinet. *d. L. 4. D. de fid. Inst.* Emptio mihi tecum contracta est, et instrumento præscripta; dicetur tamen actio ex empto esse ex emptione, non ex præscripto emptionis, aut conventionis. Similiter etsi a te stipulatus sim fundum, et res instrumentis gesta sit: dicatur tamen ex verbis, seu verborum obligatio adversus te nasci,

sci, non etiam ex scriptura, seu præscripto verborum, aut stipulationis. Sciamus igitur ex scriptura conventionis præcedente, sive ex præscripto conventionis hanc actionem præscriptis verbis non esse appellatam, sive scriptura revera præcesserit, sive nulla: quod quidem postremum nullam dubitationem habere potest.

Atque hæc quidem illum, si quid in iure intelligeret, satis monere potuerant non sic præscripta verba in hac actione accipienda esse: quasi ea, quibus conventio ab initio composita est, significarentur. Sed † ap-
7 paret, quid eum deceperit. Ille putavit actionem præscriptis verbis. Nam ut dixi, τῶν προγεγραμμένων συμφώνων est interpretatus: quod valet præscriptarum conventionum, seu ex præscriptis conventionibus. In quo iam non iuris ignorantia, sed ipsius etiam Latini sermonis inscitia turpiter labitur: multum enim inter ista interest. Actionem ex præscriptis verbis cum dico, ea adiectione, *ex præscriptis verbis*, caussam et originem significo, unde hæc actio nascitur, nempe contractum et conventionem. Actionem *præscriptis verbis* cum dico, per verba præscripta illa intelligo, quibus in edenda actione res gesta exponitur, et demonstratur, ut est in *d. L. cum mota, C. de transact.* Inter quæ tantum interest, quantum inter caussam et effectum, inter contractum et actionem, sive instrumentum id, quo ad instituendam actionem utimur. En cur Harmenopuli auctoritati tantum tribui debeat, ut eam in notatione, et significatione huius verbi etiam manifestæ sententiæ optimi auctoris Alexandri opponere oporteat. Nos vero cavebimus, si sapimus, ne tam bono interpreti quidquam in posterum facile credamus. Manebit igitur, quod initio posueram, recte Alexandrum hanc actionem ita expressisse, ut diceret eam esse, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstret, et omnino inde esse nominatam. Illud cavendum, etsi inde non diceretur, ne tamen ideo dictam putemus, quia sit ex præscriptis verbis, idest, ex præscriptis conventionibus.

C A P. XXIII.

Quæ et qualia sint ea, quæ tanquam propria actioni præscriptis verbis passim tribui legimus.

SUMMARIA.

1. *Præscriptis verbis actionis propria quæ.*
2. *Præscriptis verbis actio cur dicta* in factum.
3. *Præscriptis verbis actio cur* civilis *dicta.*
4. *Præscriptis verbis actio cur* utilis *et* numer. 5. 6.
5. *Directa actio et utilis quid, et unde dicta.*
6. *Certæ et solemnes actiones itemque vulgares et usitatæ, quæ et cur ita dicta.*
7. *Negotia cum do, ut des; do ut facias; facio, ut des; facio, ut facias, si in speciem certi alicuius contractus non cadunt; certis tamen esse similia, et quibus.*
8. *Præscriptis verbis actio incerta, et cur ita dicta.*
   Proprius contractus, specialis et distinctus ab aliis, in L. rogasti, de præsc. verb. *ibid.*
9. *Præscriptis verbis actio incerti dicta, et cur.*
10. *Præscriptis verbis actio in id, quod interest, etiam tum, cum do, ut des; aut facio, ut des: et cur hoc præter regulam iuris.*
11. *Id quod interest, an res quæ dari debet, petatur, quid intersit.*

DEinceps quæ huic actioni tribuantur, sive quæ sint huius actionis propria,
1 videamus. Et † præter ea, quæ definitione complexi sumus, hæc omnia illi tribui animadverto. Nam et in factum dicitur, et civilis, et utilis, et incerta, et frequentius incerti, et quod præcipue animadvertendum est, eiusmodi est, quæ competat in id, quod nostra interest etiam tunc, cum convenit, ut mihi dares: quæ omnia non usque adeo expositam rationem habent, eo nobis breviter expli-
2 canda sunt. In † factum dici constat *L. 1. L. si vir. L. si tibi rem, in pr. §. ult. L. duo. L. Titius, h. t.* nempe ob eam caussam; quam supra pluribus exposui: quia verbis est præscriptis, seu compositis in factum: quasi dicas in rem gestam, et id, quod factum est.
Civilem † esse constat, non prætoriam. *L.* 3
iurisgentium, in princ. D. de pact. L. 1. L. insulam, L. solent, hoc tit. L. rebus, C. de rer. perm. Quod significat iure civili constitutam esse, non edicto prætoris, *§. 1. Inst. de obl. §. sed istæ, Inst. de act.* Est autem civilis: quia ex contractibus, de quibus iure civili actio eo modo constituta est,

4 est, de quo iam dicemus. Ita † civilis est, ut sit tamen utilis, non directa: sic enim describitur ab Alexandro in *d. L. cum mota*, C. de transact. *utilis actio*, inquit, *quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat*, *danda est*. Utilem accipimus, non efficacem, et eam, quæ opponatur inutili. Nam si danda est, non debuit adiici utilis: cum si iure detur, non possit, quin sit utilis: ubi is, cui datur, ad agendum admittitur: sed utilem, ut in usu iuris accipere solemus, eam, quæ hoc verbo distinguitur a directa. *L. antep. D. de neg. gest.*
5 §. *ult. Inst. de leg. Aquil.* Est autem † directa, quæ verbis legis in aliquem datur, quasi quæ verbis legis dirigatur, seu feratur recta in aliquem: utilis, quæ sine verbis legis datur ex sententia: ut declaratur exemplis ad legem Aquiliam accommodatis, in dicto, §. *ult. Inst. de leg. Aquil.* utilis dicta, quasi quæ cessantibus verbis legis detur propter eandem utilitatem, ut significatur in *L. quia actionum*, *hoc tit.* Ita in summa hoc volumus, præscriptis verbis actionem ita iure civili dari; ut sit tamen non verbis legum constituta, sed ex sententia per interpretationem propter similitudinem negotii ad hoc genus negotiorum incertorum traducta. Idque ita esse sic intelligere possumus. Nam primo ita compositæ sunt actiones, ut eas Romani certas, solemnesque esse vellent. *L.* 2. §. *deinde ex*
6 *his legibus*, *D. de reg. iur.* Certas † et solemnes sic accipimus, quæ et formulis certis constarent, quæ postea sublatæ sunt Tit. *C. de form. et impetrat. act. subl.* et certo ac constituto nomine notarentur, quo uterentur vulgo in actionibus instituendis: inde vulgaria et usitata actionum nomina appellata: inde quæ vulgaria et usitata nomina sunt, eadem et iure prodita dicuntur, *L.* 1. 2. *et* 3. *h. t.* Eiusmodi nomina actionum nulla esse potuerunt in iis negotiis, quæ prius ipsa certo nomine non appellarentur: cum ut iam aliquoties dixi, actio ex genere negotii et contractus nominetur. Ita eveniebat, ut ex his negotiis quemadmodum nullæ erant appellationes proditæ: sic nec essent actiones. Et hæc quidem ita existimari necesse erat, si verba legum spectarentur. Sed eum, cui dedi, aut feci aliquid ea lege, ut mihi vicissim quid daret, aut faceret, non teneri mihi iniquum est: cum duæ sint hic, cur mihi obligetur, caussæ, et quod pactus est se daturum, facturum: et quod prius dedi quid, aut feci ea lege, ut daret, faceret. Quamobrem hic quoque actionem esse placuit, ut non verba, sed res spectaretur. Quid ergo? potuit alicui sine certo iure actio esse constituta? Minime: cum hoc sit in divisione obligationum omnium aut civilem esse, aut prætoriam §. 1. *Inst de obl.* eademque actionum ratio est §. *sed istæ*, *Instit. de act.* L. *actionum*, §. *ult. D. de obl. et act.* Sed quæ hic ex verbis legum non est actio, ea recte inducitur ex legum sententia, cognitis videlicet iis caussis, in quibus actio certa nominatim iure civili constituta est: et eorum negotiorum, de quibus agitur, similitudine animadversa, iuxta *L. non possunt*, *et L. seq. D. de legib.* Constat actiones certas et vulgares ex emptione et venditione, locatione et conductione, mandato, societate, commodato constitutas esse. Proponantur igitur nobis aliqua negotia, quæ istis nominibus appellari non possint: verumtamen et genere facti, et ratione sint similia: sententia legis postulabit, ut et de his actionem demus: quæ verbis non inducta, directa quidem non erit, at inducta ex sententia dicetur utilis. Talia † sunt autem hæc negotia omnia, cum do, ut des: do, ut facias: facio, ut des: facio, ut facias, ubi ea in speciem aliquam certi contractus non cadant. Cum do, ut des, permutatio est. Permutatio non est emptio et venditio: sed est emptioni plane similis. *L.* 1. D. *de contrah. empt.* *L. D. de rer. permu.* *L. sciendum*, §. *deinde*, *D. de Ædil. ed.* Cum do, ut facias, aut facio, ut des: sive pecunia non intervenit, sive intervenit quidem, sed non est id factum, quod locari soleat, non est locatio et conductio: sed tamen negotium geritur simile locationi et conductioni: quia unus dat, alter operam præbet: quod et ipsum fit in omni locatione et conductione, de quo quia satis supra disseruimus, non necesse est hoc loco eadem inculcari. Cum facio, ut facias, negotium mandato simile est, ut Paulus testatur in dicta *L. naturalis*, §. *ult.* interdum et commodato, ut in specie *L. si gratuitam*, *in pr. et* §. *si cum unum*, *eod.* Hinc est, cur ex his contractibus sit actio, et cur sit utilis. Et hoc est, quod Paulus in *d. L. naturalis*, §. *ult.* in ea specie, cum facio, ut facias, cum actionem præscriptis verbis esse dixisset, subiecit, quod esset tanquam rationis vice. *Quæ actio*, inquit, *similis erit mandati actioni*, *quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni*. Quia similis: ex eo intelligi vult recte in his casibus esse introductam, et simul utilem esse significat,

7 (margin, beside "Talia † sunt autem hæc negotia omnia")

ficat, non directam, quod quærimus: quippe ex sententia esse, non ex verbis legis; alioqui non superioribus similis diceretur, sed cum his eadem. Sed cum constet hanc actionem ex verbis iuris civilis non esse, quomodo dicitur civilis, sive ex iure civili? quia verbum, *ex legibus*, intelligitur, non solum, quod est ex verbis legis, sed etiam quod ex sententia. *L. nominis*, §. *ult. D. de verb. sign.*

8 Dicitur † et hæc actio incerta, *L. rebus*, *C. de rer. permu. L.* 3. *C. de inut. stip.* quia nullo certo ex contractu, et qui proprio nomine appelletur: sed modo ex hoc, modo illo datur: ut quemadmodum incertus est contractus, ex quo actio competit, sic et ipsa incerta sit, quæ inde datur actio. Nam quod in *L. rogasti*, *h. tit.* dicitur hæc actio interdum competere ex negotio proprii contractus, proprius contractus, illis dicitur, non certus, et certo nomine constans, sed specialis et distinctus ab emptione, de qua illic dubitari poterat,
9 an contraheretur. Frequentius † apud Iurisconsultos dicitur incerti, tot enim locis in Pandectis Florentinis ita dici legimus. *L. iurisgentium*, *in princ. D. de pact.* L. *insulam* L. *si dominus*, *in fin.* L. *ob eam*, *hoc tit.* L. *duo*, §. *ult. D. de precar.* nempe quia persequitur hæc actio id, quod interest, ut iam indicabimus. Id autem quod interest, incertum. L. *si pœnam*, *D. de verb. obl.* §. *non solum*, *Inst. eod.* Itaque ita dicitur actio præscriptis verbis actio incerti, ut illa, quæ adversus eum comparata est, qui cautioni iudicio sistendi caussa non paruit: quam ideo incerti actionem nominari constat: quia sit in id, quod actoris interest. *L. ult. D. si quis in ius voc. non ierit.*

10 Hoc † quidem constat, actionem præscriptis verbis ex omnibus quatuor generibus contractuum propositis esse in id, quod mea interest. De duobus illis non dubitatur, cum do, ut facias, vel facio, ut facias: *L. si tibi decem*, *hoc tit.* quandoquidem cum in his dicimus actionem esse in id, quod interest, regulam iuris sequimur in omnibus aliis faciendi obligationibus constitutam; est enim in his petitio et condemnatio in id, quod interest. *L. stipulationes non dividuntur*, *vers. Celsus*, *D. de verb. obl. L.* 1. *in princ. D. de act. empt. L. si quis ab alio*, §. *ult. D. de re iud.* In reliquis duobus generibus, idest, cum do, ut des, quia id agitur, ut quid nobis detur, conveniens esse videbatur regulæ iuris, quæ servatur in dandi obligationibus, ut esset actio de eo, quod dari debuit, non autem in id, quod interest. Cum enim dicitur dandi obligatio, quæ ex stipulatione est, certa esse, *L. ubi autem*, §. *ult. D. de verb. obl.* vi ipsa hoc dicitur, ex eo genere in id, quod interest, actionem non esse: alioqui et ipsæ obligationes dandi essent incertæ: cum id, quod interest, sit, ut iam dixi, incertum. Nunc autem etiam in his generibus posterioribus hoc observatur, ut sit præscriptis verbis actio in id, quod mea interest illud, de quo convenit, accipere. *L. naturalis*, *in pr. eod.* in quo non dubium est, quin a regula iuris, et cæterarum dandi obligationum recessum sit in hac actione. Cur sit recessum, cum par videatur ratio, non immerito dubitatur. Et in *L.* 3. *C. de inutil. stip.* scriptum est, hunc esse effectum incertæ actionis, ut ita condemnatio concludatur. Ex quo colligimus, sic ab initio in his contractibus datam esse ex pacto actionem: ut tamen omnibus rebus placeret eam incertam esse, idest, non solum nomine et titulo actionis incertam; sed etiam rei petitione: denique non sic esse datam, ut præcise actor posset petere rem promissam sibi dari, sed solum, quod sua interest.
Utrum † res in iudicium deducatur, an id, 11
quod actoris interest, hæc istarum rerum differentia est, quod si res petatur, una cum re etiam fructus, et omnes accessiones post litem contestatam veniant. *L. cum fundus*, *in prin. D. si cert. pet.* si id solum, quod interest, habetur tantum ratio æstimationem eius, quæ fuit tempore litis contestatæ: neque actio postea locum habet ad incrementum, aut deminutionem Arg. *L. ubi*, *D. de eden.* de quo scripsimus abunde ad *L. vinum*, *D. si cert. pet.* et *L. si quis ab alio*, *D. de re iud.*

CAP.



CAP. XXIV.

Actionem in factum generis verbum esse: eius species duas, civilem in factum, et prætoriam: atque hanc rursum duplicem, et quænam hæ species.

DE actione in factum præter ea, quæ supra dixi, hæc habeo, quæ moneam: cum actio præscriptis verbis, quæ civilis est, sit in factum, ut supra diximus: præterea, quæ prætoriæ incertæ sunt ex maleficiis, dicantur in factum, *L. quia actionum, hoc tit.* hinc satis intelligi actionem in factum dici omnem actionem incertam, proinde generis nomen esse, cuius duæ sint species: civilis in factum, quæ proprio vocabulo dicatur præscriptis verbis: tum in factum prætoria, quæ proprie et absolute dicatur in factum. Sic autem proprie dici actionem in factum, constat *ex d. L. quia actionum, et L. actionum, §. pen. D. de obl. et act.* Qua eadem ex re facile intellectu est, hoc verbum et generaliter accipi, et specialiter: prorsusque in eo idem evenire, quod in verbo adoptionis, actionis, cognationis: de quibus sui loci consulendi sunt, *L. 1. et L. 2. D. de adopt. L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. sign. L. non facile, §. cognationis, L. Iurisconsultus, §. 1. D. de grad.* Illud adiiciendum est, actionis in factum, quam proprie ita appellari diximus, duas esse species, quædam enim adiuvandi iuris civilis gratia comparatæ a Prætore nominatim eius edicto propositæ sunt: qualis est, quæ patrono datur adversus libertum, a quo contra edictum prætoris in ius vocatus est: de qua in *d. L. actionem, §. pen. de obl. et act.* aliæ iuris civilis supplendi caussa receptæ sunt ex legum sententia: receptæ, inquam, ex iurisdictione Prætoris magis, quam edicto propositæ: quales sunt actiones in factum accommodatæ legi Aquiliæ, quas supplet prætor in eo, quod legi deest, ut est, *d. L. quia actionum, hoc tit.* supplet autem ita, ut cum postulantur, eas secundum formam iurisdictionis det prætor, ut ibidem scriptum est: non etiam, ut nominatim edicto proposito eas polliceatur. De hoc genere scripta est tota, exemplis ad eam legem accommodatis, *L. qui servandarum. 14. eod.* cuius initium, quia nonnihil obscuritatis habere videtur, breviter exponam.

Ad L. qui servandarum, 14. *in princ. D. de præs. verb.*

QUI servandarum mercium suarum caussa alienas merces in mare proiecit, nulla tenetur actione, inquit Ulpianus. Falsum est, dicet aliquis: tenetur enim magistro navis actione ex conducto, ut detrimentum pro portione sarciat. *L. 2. D. de leg. Rhod.* Sed quod dicitur nulla actione eum teneri, sic accipiendum est: ut nulla teneatur ob id factum, sive ob id, quod ipse merces in mare proiecit: quod enim tenetur, non propter iactum suum tenetur; sed quia propter eum iactum merces suas salvas habuit, ut declaratur in *d. L. 2. in princ.* illic, *æquissimum enim, de L. Rhod.* Ex quibus utrum dicamus, multum interest. Nam si ob iactas a se merces teneretur, in solidum teneretur ob damnum datum, et teneretur domino mercium, cui eo facto nocuisset. Nunc autem tenetur tantum magistro navis, et tenetur pro portione tantum commodi, quod ex eo iactu consecutus est. L. *amissæ, d.* L. 2. *in prin. de* L. *Rhod.* Unde et cæteri quoque vectores pro portione conferre debent: denique dicuntur res ipsæ, quæ salvæ factæ sunt, id tributum debere: ex quo evenit, ut etiam dominus navis, pro portione obligetur. *d.* L. 2. §. *cum in eadem, d. L. Rhod.* Itaque magis res ipsæ servatæ teneri dicendæ sunt, quam personæ. Ait Ulpianus, *sed si sine caussa id fecisset, in factum.* Sine caussa merces proiiciuntur in mare, cum nulla necessitate iactus faciendi navis premitur: ut quamvis manentibus in nave mercibus; nullum tamen periculum immineat a tempestate. Qui ita merces alienas in mare proiicit, non tenetur lege Aquilia: quia res iactæ perdurant nihilominus, neque rumpuntur. Sed quia his, quamvis integris manentibus, dominus tamen earum damnum facit; ideo qui proiecit, tenetur actione subsidiaria in factum ex legis sententia. §. *ult. Inst. de L. Aquil. d. L. quia actionum, hoc tit.* Ait, *si dolo:*

de

de dolo tenetur. Imo in factum, dixerit aliquis. Nam et qui servum alienum spoliavit, fecitque, ut is frigore moreretur, etsi dolo eum fecisse perspicuum sit: tamen in factum actione tenetur, ut ibidem *in §. seq.* Ulpianus subiicit. Et quod ad hanc speciem, de qua agimus, plane pertinet, idem respondet de eo, qui damni dandi caussa, idest, data opera calicem argenteum in mare proiecit. Denique huc referri debet, quod supra disseruimus, si remoto dolo quis ob aliquod factum suum teneretur aliqua actione, probandum esse eum, et in eodem facto quamvis dolo eius interveniente eadem actione teneri. Et ne discedamus a lege Aquilia, is hac lege tenetur, qui culpa quid rupit. Si dolo rupit, non minus eadem lege agitur. *L. 5. §. iniuriam, D. ad L. Aquil.*

Quapropter et de omni alio damno, deque actione in factum ad eam legem accommodata idem statuendum est. Quid ergo est? Is hoc loco intelligendus est dolo malo merces in mare proiicere, non qui scit navem non laborare, et nullum iactum esse necessarium (nam et hic pariter in factum actione tenetur, ut pariter teneretur lege Aquilia, qui quid quamvis dolo rupisset) sed is, qui laborante quidem nave proiecit merces in mare; sed ita, ut prius eius dolo fieret, quo navis laboraret, idest, magis oneraretur, quam par esset, ut hinc caussa exsisteret exonerandæ navis: qua occasione deinde usus merces proiecit. Hoc casu in factum actione ex sententia legis Aquiliæ non tenetur. Nam ei tunc solum locus est, cum damnum datum est iniuria, idest, culpa. *L. 3. L. 5. §. iniuriam, L. si putator, L. in lege, D. ad leg. Aquil.* Sine culpa autem iactus fit, cum ob tempestatem navis periclitatur. Superest igitur, ut teneatur de dolo, qui hunc dolum et machinationem adhibuit, ut damno dato lege Aquilia teneri non posset, neque ex verbis, neque ex sententia. Summa hæc est: Qui alienas merces in mare proiecit, siquidem nulla necessitate levandæ navis cogente, in factum totius damni nomine domino mercium tenetur: sin necessitate urgente, interdum tenetur ob id factum, interdum non tenetur. Si ei necessitati caussam dolo malo dedit, tenetur: sed de dolo actione, non in factum, si nihil in ea re dolo malo fecit, sed unum habuit propositum mercium suarum servandarum, nulla tenetur actione ob id factum. Etsi ob lucrum, quod inde consecutus est, pro portione teneatur magistro navis, ut amissarum mercium detrimentum sarciatur.

HUGO-



HUGONIS DONELLI JURISCONSULTI COMMENT.

AD TITULUM, DE ÆDILICIO EDICTO.

CAP. I.

Edictum ædilium restitutum: et in eo Tituli de ædilicio edicto argumentum et summa.

AEdilium curulium iurisdictionem fuisse de quibusdam caussis constat ex Iustiniano, *in §. prætorum*, *Inst. de iure nat. gent. et civili.* De quibus et edictum proposuisse eos idem scribit. Id edictum est, quod nunc proponitur. Eius tria capita sub hoc titulo in Pandectis exstant: quorum duobus prioribus de rebus distractis cautum est: neque iis tamen omnibus, sed uno de mancipiis. *L.* 1. Altero de iumentis, et omni reliquo pecore in *L. Ædiles aiunt.* Tertium est caput, quod nihil ad emptionem pertinet, quo ædiles de omni nocente animali præcipiunt, ne eo loco habeatur, qua vulgo iter fiat; et si contra factum erit, qua ex re nocitum esse dicatur: actionem certam eo nomine constituunt, exstatque in *L. hi enim* 40. et *L. seq.* Quod cum per se expositum esset; non est in eius explicatione a Iureconsulto laboratum: certe quidem eius interpretatio hoc titulo tota prætermissa est. In duobus illis superioribus explicandis, quæ sunt de mancipiis et iumentis redhibendis, quorum utilitas in omni venditione latissime patet, omnis hic titulus versatur. De quibus etiam nobis cognoscendum est. Eorum hæc summa est, et argumentum. Ne qua in re emptores a venditoribus deciperentur, voluerunt ædiles quædam a venditoribus prædici, et caveri: de quibus hoc edicto diligenter, et accurate caverunt. Quæ omnia in eo genere sunt, propter quæ aut non consequatur emptor de re, quod exspectavit, aut res ei distracta inutilis reddatur: certe non ita utilis, ut secundum naturam eius rei, quæ veniebat, exspectare debuit, quo in numero vitia sunt. Vitia scilicet cuiusque rei, quæ venditur, emptori nota esse voluerunt. Quod si quid contra factum esset, quam edicto comprehensum est, rem in ea caussa esse iusserunt, ut redhiberi, idest, venditori reddi posset, resque inepta fieri, quamvis de eo nihil nominatim convenisset. Deque eo actionem emptori, eique ad quem ea res pertinet, intra certum tempus constituerunt. Ea actio ab his triplex est constituta. Nam et ad rem redhibendam actionem primum polliciti sunt: et quæ res in ea caussa esset, ut posset redhiberi, de ea, si redhiberi non placeret, quanto minoris esset: et præterea in id quod interest, si quidem dolo venditoris illa præstita non essent, actionem dederunt. Cætera capita etiamnum hodie integre scripta suis locis exstant. Primum caput, quod in principio tituli exstat, ita restituendum est.

Edi-

Edictum ædilium curulium suæ integritati restitutum.

QUI mancipia vendunt, certiores faciunt emptores, quid morbi, vitiive cuique sit: quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit: eaque omnia, cum ea mancipia veneunt, palam ac recte pronuntianto. Quod si mancipium adversus ea venierit, sive adversus quam dictum promissumve fuit, cum veniret, fuerit: quod eius præstari oportere dicetur, emptori, omnibusque, ad quos ea res pertinet. Hactenus verba fragmenti. Hic illa verba interserenda sunt continenter: *in eum, qui vendidit, cuiusve maxima pars in ea venditione fuit, in sex mensibus, quibus experiundi facultas erit.* Sequuntur fragmenti verba, *iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem, traditionemque opera emptoris, familiæ, procuratorisve factum erit: sive quid ex eo post venditionem natum, acquisitum fuerit: et si quid ei in venditione accesserit, sive quis ex ea re fructus ad emptorem pervenerit, ut ea omnia venditori restituat. Tum si quid emptori pro eo homine aberit, sive quas accessiones ipse præstiterit, ut recipiat.* Hæc verba, si quid emptori pro eo homine aberit, a me adiecta sunt, quibus ad sequentis clausulæ conditionem transitus paratur. Iam ergo clausula, quæ sequitur hoc loco subiicienda est: *Si et quanta pecunia pro eo homine soluta, accessionisve nomine data erit, arbitrio iudicis non reddetur, cuiusve pecuniæ quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur: quanti utraque res fuerit, in tantam pecuniam iudicium dabimus, ut condemnatio sequatur. Idem adversus eum faciemus, cui volenti mancipium redhibitum fuerit.* Sequuntur fragmenti verba: *Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortisve consciscendæ caussa quid fecerit, sive in arenam depugnandi caussa ad bestias intromissum fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto.* Iam hæc a me inserta sunt: *Idem in natione cuiusque mancipii faciunto. Item ne veteratorem pro novitio vendunto.* Sequitur fragmenti particula: *Ex his enim caussis eodem modo iudicium dabimus.* Deinceps quæ sequuntur, a me restituta sunt edicto, usque ad extrema illa verba, Hoc amplius. *Ad extremum in suprascripta aliqua caussa mancipium non esse emptori, si quid postulabit, cavento. Si contra factum erit, sive quid ita convenerit, ut nisi mancipium placeret, redhiberetur: de mancipiis inemptis faciendis ob eam caussam, quod cautum non erit, in diebus dumtaxat sexaginta: de eo autem, quod nisi placeat, redhiberi debet, etiam ultra id tempus caussa cognita iudicium dabimus. Item omnium earum rerum nomine, quæ suprascriptæ sunt, quanto minoris cum venierint, fuerint, in anno: si quid autem cum postularetur, cautum non erit, etiam in id quod interest, in sex mensibus iudicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus. De mancipio, quod rei minoris venditioni accesserit, iudicium non dabimus.* Illa verba, *in eum, qui vendidit, cuiusve maxima pars in ea venditione fuit*, in edicto ædilium fuisse de iis, in quos hæc actio proponebatur, testatur Paulus in *L. iustissime.* 44. §. *proponitur.* Illa item fuisse de tempore, intra quod hoc iudicium datur, *in sex mensibus, quibus experiundi potestas erit*, ex his locis cognosci potest, *L. sciendum*, 19. §. *ult. et L. cum sex* 55. Totam illam clausulam, *si et quanta pecunia*, Ulpianus edicti fuisse ostendit in *L. ædiles etiam*, 25. qui in fine eius capitis ita scribit. Præterea in edicto dicitur sic. *Et quanta pecunia pro eo homine soluta, accessionisve nomine data erit, non reddetur: cuiusve pecuniæ quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur.* Hactenus ille. Ex quo loco facile coniicere possumus, verba hæc sub conditione fuisse concepta, ut aliquid polliceri intelligerentur ædiles sub ea conditione, si et pecunia eo nomine soluta non reddetur, et emptor eo nomine obligatus non liberabitur. Id autem est, quod subieci: condemnatio videlicet in id, quanti ea res est, si illa facta non erunt. Quod idem Ulpianus indicat paulo post in *L. illud*, 29. §. 1. Nam cum dixisset ex suprascriptis verbis, quid emptori præstandum esset: subiunxit ex edicto, condemnatio autem fit, quanti ea res est. Illam clausulam, *Idem in natione cuiusque mancipii faciunto*, transtuli ex Ulpiano in *L. quod si nolit.* 31. §. *qui mancipia.* Illam sequentem de veteratoribus, ex Paulo in *L. præcipiunt*, 37. Sequitur, *Ad extremum in suprascripta aliqua caussa mancipium non esse.* Hoc edicto ædilium præcipi Caius docet in *L. itaque*, 32. Aiunt præterea ædiles, *sive quid ita convenerit, ut nisi mancipium placeret, redhiberetur.*

DE

De hac quoque re edicto ædilium caveri testis est Ulpianus in *L. quod si nolit.* 31. §. *si quid ita.* Sequitur de tempore, quod peculiariter in duabus suprascriptis caussis ab ædilibus constitutum est. Primum illa verba, *ob eam caussam, quod cautum non erit, in diebus dumtaxat sexaginta*, docet fuisse Caius in *L. si venditor*, 28. Deinde sequitur: *de eo autem, quod nisi placeat, redhiberi debet, etiam ultra id tempus*, quæ verba item fuisse in edicto Ulpianus docet in *L. quod si nolit*, 31. §. *si quid ita.* Illa clausula, *Item omnium rerum*, a me restituta est ex his locis, *L. sciendum*, 19. §. *ult. et L. si venditor*, 28. Extremam illam clausulam, *De mancipio*, et cætera ex Paulo restituimus, *L. iustissime.*

CAP. II.

Partitio huius tituli: quas ad res venditas edictum ædilium pertinet: tum generales caussas ad redhibendum esse quatuor, et de earum sententia.

SUMMARIA.

1. *Rerum ordo et partitio.*
2. *Edictum ædilitium verbis quidem ad mancipia et iumenta dumtaxat pertinere, at vi ipsa et sententia res omnes venales continere.*
3. *Caussas redhibendi alias esse generales, speciales alias.*
4. *Quot et quæ generales, et de harum singulis.*
5. *Morbi vitiive nomen et appellatio quid differant.*
6. *Qui morbus aut vitium det locum redhibitioni; singulorum exemplo illustratur.*
7. *Ædilitium Edictum ad vitia animi non pertinere, nec ex his esse redhibitionem, sed actionem ex empto.*
8. *Quatenus et quibus de caussis redhibitioni sit locus* et num. 10.
9. *Quæ dicta præstanda sint: ut si secus fiat, redhibitio locum habeat.*
11. *Quarum rerum nomine venditores ex hoc edicto cavere debeant, et qui huius cautionis effectus.*

PRoposito edicto, iam de re tota explicatius hoc † ordine dicere
1 incipiam. Complectar primum ordine eas caussas, propter quas res omnes redhiberi possunt; simul in universum, quando res quæque redhiberi possit; et quibus in generibus contractuum, ostendam. Deinde dicam de actionibus separatim, quæ de iis rebus constitutæ sunt hoc edicto; quæ res in ea sunt caussa: ut possint redhiberi. Isto enim modo rem omnem, et huius edicti sententiam facile assequi posse videmur. De caussis propter quas res redhiberi possit, di-
2 cam, si prius illud † admonuero, edictum ædilium curulium de mancipiis quidem, et iumentis, quæ quis venderet, verbis propositum fuisse; verum vi ipsa, et sententia de venditionibus omnium rerum esse, tam earum, quæ soli, quam quæ mobiles, aut se moventes sunt, in quibus scilicet una aliqua caussa interveniat ex iis, propter quas mancipia, aut iumenta redhiberi debent. Nihil enim caussæ est, cur quod in mancipiis, aut iumentis distractis cavetur, id nulla habita ratione exempli ad cæteras quoque res venditas non transferatur. *Arg. L. regula*, §. *ult. de iur. et fac. ign.* Hoc est, quod Ulpianus in *L.* 1. refert Labeonem id scribere. Ex quo intelligi potest non de aliis edixisse ædiles: sed tamen ad cæteras quoque pertinere existimatum esse eadem ratione. Nam si de omnibus rebus ædiles cavissent, ita diceret Ulpianus: hoc edictum de venditionibus omnium rerum scriptum est, neque ad id probandum, quod ex edicto per se notum esset, Labeonis testimonio uteretur. Hoc posito animadvertendum est, † alias ad redhibendum 3
caussas esse generales, et omnium rerum communes, quia in omnes res sua natura cadant; alias speciales, quæ in mancipiis et iumentis tantum valeant, quæ ædicto comprehensæ sunt. Generales † quatuor sunt: 4
una, si quid morbi; vitiive sit, quod non palam, et recte venditor in re vendita pronuntiaverit. Ob hanc caussam non magis mancipia, iumentave, quam vitiosæ ædes, ager pestilens, vitiosus pannus redhiberi potest. *L. etiam, hic. L.* 4. *C. eod. tit.* Altera si quid dictum promissumve est in re vendita, quod præstari oporteat: contra quod a venditore factum fuerit. Est enim in cæteris omnibus rebus, quod de iis affirmemus, aut promittamus non minus, quam in mancipiis. Tertia ex conventione, si quid ita venierit, ut nisi placeret, redhi-

dhiberetur. Nam et de omnibus rebus hoc convenire potest. Postrema, si de vitiis cuiusque rei morbisve emptori postulanti cautum non erit.

5 In his, † quid morbi vitiive appellatione contineatur, item qui morbosi vitiosive sint, in edicto tractatur sub hoc titulo cum definitione primum, tum deinde variis exemplis morborum et vitiorum ad eam regulam, quæ initio posita est, accommodatis. Idque agitur a *L. 1. §. sciendum, usque ad L. quis sit fugitivus.* 17. In qua disputatione hæc est summa Ulpiani sententiæ: differre quidem inter se morbum, et vitium, si subtiliter ista tractare velimus, et vim cuiusque verbi propriam, quæ sit, disputando notare: huc pertinere Sabini sententiam de utriusque differentia, quam hic initio prius retulit, et quæ alibi est Modestini in *L. inter §. pen. de verb. sign.* Sed quod ad hoc edictum pertineat, putare Ulpianum non quidem ista non distare; sed ædiles ista ab hac difficultate revocantes tollendæ dubitationis caussa bis idem κάτα τῦ ἀυτῦ dixisse: ut si quis putaret non omnia impedimenta corporis utraque appellatione contineri, sive quæreret quæ impedimenta morbi appellatione significarentur, quæ vitii: intelligeret utrumque ideo coniunctum esse, ut non dubitaret omne impedimentum rei, quodcunque esset, edicto comprehendi. Efficiaturque hæc summa: ut quidquid erit tale vel in corpore humano, vel in cæteris rebus, quod ministerium, usumve eius impediat, sit redhibitioni locus. *L. 1. §. sciendum.* De sententiis quidem veterum Iurisconsultorum de morbi vitiique significatione hoc loco id monere possum, quod est apud A. Gellium *Lib. 4. Cap.* 2. non idem illis in hac re placuisse. Labeo enim, cuius Cælius Sabinus sententiam refert, et sequitur (et hunc Sabinum Ulpianus hoc loco intelligit) morbum esse definivit *habitum cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius ad id faciat deteriorem, cuius caussa natura nobis eius corporis sanitatem dedit: id autem alias in toto corpore, alias in parte accidere. Namque totius corporis morbum esse: puta.* φῆσιν *febrem: partis, veluti cecitatem, Vitium autem a morbo multum differre: utputa si quis balbus sit. Nam hunc magis vitiosum esse, quam morbosum.* In summa ut A. Gellius ait, morbi appellationem specialem esse, vitii generalem: ut quisquis morbosus est, idem quoque vitiosus sit, non contra. Ex quibus verbis coniicere possumus hoc illum sensisse, morbum esse, omnem aut totius corporis imbecillitatem, aut partis alicuius, quæ penitus eius rei usum adimat, ut cæcitatem. Cæterum si qua unius partis alicuius corruptio, et pravitas ea sit, quæ non ex imbecillitate eius partis nascatur, neque eius partis usum auferat, vitium esse, non morbum: ut, si quis blæsus sit, aut balbus; si equus calcitro sit, aut mordax. Contra aliis ita visum est, vitium perpetuum esse, morbum autem accessu fieri, et recessu. In qua sententia refert A. Gellius Massurium Sabinum fuisse, quam eandem Modestinus secutus est. Sic enim ille definit in *L. inter, §. pen. de verb. sign.* Morbum esse temporalem imbecillitatem; vitium vero perpetuum corporis impedimentum. Secundum quam sententiam cæcitas morbus non est, ut Labeoni visum est, sed vitium, Cicero *Lib. 4. Tuscul. quæstio.* aptissime definisse videtur, morbum esse totius corporis corruptionem, et imbecillitatem: vitium vero unius alicuius partis, membrorumve depravationem, quæ integra valetudine corporis contingit. Quæ definitio cum illa Modestini superiore plane convenit. Nam totius corporis et valetudinis eius perturbatio, temporalis sit necesse est: nisi corpus continuo interire velimus? quæ ipsa morbus a Cicerone definitur. Quæ autem depravatio et distortio in singulis partibus contingit salva valetudine corporis, ea eiusmodi esse solet, ut perpetuo maneat. Hæ controversiæ cum non fugerent Ulpianum, ab iis consulto refugiens ostendit nihil referre hoc quidem loco, quid alterum ab altero differet: quia sive ex horum, sive ex illorum sententia hæc verba accipienda essent, ædiles tollendæ dubitationis caussa de utroque edixissent. Neque ideo tamen definitionem Modestini, quæ a Triboniano in Pandectas relata est, reprehendit, qui in verbis ipsis differentiam esse non negat, etsi in hoc edicto nullam esse existimet. Sed nec Sabini definitionem probat, quam refert tantum, nec ad hoc edictum pertinere ostendit.

Hoc solum iam maneat, cum his verbis omne impedimentum, omnisque imbecillitas corporis significetur: † quidquid 6
erit tale, quod usum, ministeriumque rei impediat, id dare locum redhibitioni. Idque quale sit, facile in singulis rebus intelligi potest. Natura hic est agrorum usus, ut colendo ex his fructum percipiamus: ædium, ut inhabitemus. Sit ager, aut ædes pestilentes, vel putribus, et stagnantibus iamdudum aquis, aut latrinis vel veteris cloacæ humore infectæ, in ea caussa sunt,

sunt, ut redhibeantur. His enim rebus fit, ut quem ad usum paratæ sunt, his uti non possimus. Vitiosæ igitur ex superiore definitione. L. *si prædium*, *C. eod. tit. L. etiam in fundo*, *hic.* Eodem modo pannum vitiosum recte dixeris, qui sit pertusus, et quo propter aliquam labem, vel aliam caussam ad vestiendum uti non possis. Quare et hic erit in ea caussa, ut redhibeatur. Ex hac definitione de rebus omnibus, quæ non omnino secundum naturam reliquarum eiusdem generis natæ, factæve erunt, quid iuris sit, existimari potest: ut, si homo pluribus, aut paucioribus digitis natus sit, si aliquo membro debilitatus, si spado sit. Nempe eum ita redhiberi posse dicemus, si eæ naturæ depravationes impedimento fuerint, quo minus ea parte utatur, in qua ea depravatio est vel imbecillitas: Sin minus, redhibitionem non esse *L.* 6. *L. item o filius. L. qui clavum*, *in prin. L. quæritur*, §. *si quis digitis*, *hic.* Ex quo efficitur, nec levem febriculam, nec quemvis alium levem morbum dare locum redhibitioni: quia non sint hæc eiusmodi, quæ usum impediant, ministeriumque servi *L.* 1. §. *proinde. L.* 4. §. *ult.* Illud notandum
7 est, † vitia hoc edicto intelligi corporis, non animi, ut ex illis redhibitio sit, ex his non item. Argumento est, quod nominatim postea de errone, et fugitivo edicitur: quæ vitia animi sunt; non corporis. Quod adeo verum est: ut ne in iumentis quidem, si quod animi vitium sit, ea redhiberi queant. *L.* 1. §. *ult. L.* 4. §. *idem Pomponius*, *hic.* Nullane igitur propter animi vitia actio erit? Imo vero erit ex empto, si aut venditor se præstaturum esse vitium promisit, aut cum sciret id vitium, reticuit. *L.* 4. §. *idem Pomponius*, *et seq. hic.* Ex empto autem actionem cum dicimus, in id quod interest intelligimus, quia factum non est quod fieri debuit. *L.* 1. *in princ. de act. empt.*

Non statim tamen si mancipium morbosum, aut vitiosum est, iudicium ædiles
8 les ad redhibendum dant: sed hoc † cavent, ut vitia si qua sunt, ea *palam et recte* pronuntientur, ne emptor decipiatur: quam ob caussam si contra factum sit, iudicium pollicentur. *Palam* sic accipere debemus, non in propatulo, aut in publicum; sed ita, ut emptor exaudire possit. *L. heredes palam*, de testam. *Recte*, idest, non ambigue, non obscure, sed aperte, et intelligibiliter, sic ut vitium ipsum notetur. Alioqui si quid erit ambigui, ut res in aliam partem accipi potuerit: id venditori nocebit, non emptori. *L. veteribus*, *de pact.* Idem in cæteris rebus, quas pronuntiari iubent ædiles in edicto, deinceps intelligendum erit. Secundo loco pollicentur ædiles actionem, ut res redhibeatur, si adversus quam dictum, promissumve fuit, quod eius præstari oporteat, factum fuerit. *Dixit*, qui de re aliquid affirmavit, quasi ei adesset, aut abesset. *Promisit*, qui non dixit solum, sed etiam pollicitus est, affuturum, aut etiam spopondit, *L. sciendum*, §. *dictum*, *hic.* Itaque adversus dictum, promissumve videntur, qui id, quod in re esse, aut affuturum esse dixerunt, non præstant: ut, si furem non esse dixerint, et fur sit: si artificem, et non sit. *L. quis sit*, §. *ult. hic.* Non tamen omne † dictum 9
præstandum est. Idcirco edicto adiectum est; *si adversus quod dictum*, *factum fuerit*, *quod eius præstari oporteat.* Quæ igitur dicta præstanda non sunt? Et ait Ulpianus in *L. sciendum* ea, quæ ad nudam laudem rei pertinent. At quæ ista nuda laus est? Quid enim interesse ad laudem putamus, dixerit aliquis, utrum ita venditor dixerit frugi servum esse, et dicto audientem: an vero ita, laboriosum esse, curracem esse, vigilacem esse? Ex quibus tamen hæc præstanda Caius ait: in *L. si quid venditor*, *hic.* Illa non esse præstanda Ulpianus, in *d. L. sciendum.* An ea ad nudam laudem pertinere, et iactari dicemus, quæ non ita dicuntur, ut præstentur: eoque illa solum dicta præstanda esse, quæ non simpliciter dicta, et nudo sermone finita sunt, sed de quibus nominatim actum est, ut præstarentur? Quod his Pædii verbis Ulpianus innuere videtur: *Multum interest*, inquit, *commendandi servi caussa quid dixit*, *an vero se præstaturum promisit*, *quod dixit.* Quasi dicat: Nisi præstaturum se dixerit, commendationem solam non afferre necessitatem præstandi. Sed hoc sensu frustra, *dictum*, adiectum est in edicto, si id tantum, quod promissum fuit, præstandum est. Et magis est, ut ea ad nudam laudem pertinere, et commendandi caussa solum dici videantur, quæ generaliter de bonitate rei prædicantur, non certo aliquo in genere laudis, aut artificii, aut bonitatis. Istiusmodi enim omnes de rebus vendendis prædicare solent, rem bonam esse, servum esse frugi, dicto audientem, postquam emptor emerit non velle emptum non esse. *d. L. sciendum*, *in prin.* At cum certum genus artificii, bonitatisve venditor expressit, propter quod res pluris vendi solet, et talem se vendere dixit: sine dubio id præstare debebit. Veluti si servum coquum esse

se dixit, si dixit esse peculiatum, si aleatorem non esse, non furem prædicavit, si pannum esse de nota Rothomagensi, si Hispanicum, si aliunde denique esse affirmavit, et pro tali vendidit: quia hæc omnia talia sunt, propter quæ pluris res emantur, et sine quibus interdum omnino res empta non esset: eiusmodi *dicta* sunt, ut præstari oporteat. Sic enim hæc dicuntur, ut præstentur, non ut iactentur: alioquin nominatim non designarentur. *L. ea quæ commentandi, de cont. empt.* L. *sciendum*, §. *plane. L. si quid venditor, hic.* Postremo illud erit certum iudicium, aliquid dictum esse, ut præstetur, si propter id, quod dictum est, et rem talem esse affirmatum est, consecutus est venditor, ut pluris venderet. Id autem tum fit, cum specialiter aliquid de re affirmat, propter quod res pluris esse solet, et talem se vendere profitetur.

10 Tertia † caussa est, propter quam rem redhiberi posse diximus, si ita convenerit, ut nisi placeret, redhiberetur. Sed quid opus fuit hac de re ædiles cavere, cum in eam rem ex empto actio sit? Nam omnia, de quibus inter emptorem et venditorem convenerit, in eam actionem veniunt, etsi ad resolvendam emptionem pertineant. *L. sed et Celsus.* §. *si fundus, de contr. empt. L. ex empto, de act. empt.* Et sic res habet: ut si perpetuo ex hac conventione actio ex empto competeret, nihil opus hoc edicto fuerit, cum civilis esset. Sed cum nullum tempus adiectum est, intra quod res redhiberi possit, incivile esse putaverunt ædiles ex hac conventione perpetuo rem in ea esse conditione, ut redhiberi deberet. Hic ergo tempus præstituerunt, intra quod res si displiceret, posset redhiberi. Postremum est, quod † in omnium 11
rerum vitiis, morbisve exigere intelliguntur ædiles, postquam hoc edictum ad omnes venditiones pertinet, ut non tantum illa prædicant venditores, de quibus edicto cautum est; sed etiam ut caveant rem in aliqua caussa earum rerum non esse. Quæ res cum multæ sint, quæ specialiter postea exigantur in venditione mancipiorum: de his etiam hæc cautio multo magis exigitur. Hæ sunt illæ stipulationes, quæ ab ædilibus proponi dicuntur, sanum esse, fugitivum non esse, noxa solutum esse, et cæteræ, quæ ædilitiæ appellantur. *L. si ita quis, de evict.* §. *prætoriæ. Inst. de divis. stipul.* Neque has ideo inutiliter exigi quisquam existimet, quia si res vitiosa, morbosave sit, etiam sine stipulatione cautum sit venditori. Nam cæteræ actiones aut ad redhibendum competunt, aut in id dantur, quanto minoris, cum venierint, fuerint. Hæ autem stipulationes etiam adversus ignorantem in id quod interest, committuntur, quod omnium stipulationum, quæ in faciendo consistunt, commune est. *d. L. si ita quis, de evict. L. stipulationes non dividuntur, vers. Celsus, de verb. oblig.* Iam vero id quod interest nostra rem vitiosam non esse, longe interdum pretium rei excedit.

CAP. III.

Speciales ad redhibendum caussæ, quæ: et quid his contineatur.

SUMMARIA.

1. *Speciales ad redhibendum caussæ enumerantur*, per tot.
2. *Quis sit fugitivus, erro, noxave solutus.*
3. *Quis capitalem fraudem admisisse dicatur.*
4. *Natio cuiusque servi nisi in venditione pronuntietur, datur inde redhibitio, et quare.*
5. *Quibus vitiis nationes nonnullæ diffamatæ.*
6. *Veterator servus quid a novitio differat.*

1 Reliquæ sunt † speciales ad redhibendum caussæ in mancipiis et iumentis, diserte edicto expresse. Quas ordine persequemur, ut quod necesse sit, suis quæque definitionibus includantur, et planius explicentur. In mancipiis hæ: si quis fugitivus, errove sit, noxave solutus non sit, neque hæc venditor palam, et recte dixerit. † Fugitivus sic recte definitur: qui ea mente fugit, discessitve, ne ad dominum rediret. L. *quis sit fugitivus, hic.* Ex quo intelligitur non statim esse fugitivum, qui fugiendi consilium cœperit: sed ita, si vitium mentis in actum deduxerit, ut alibi eleganter disputat Tryphoninus *L. fugitivus, de verb. signific.* Sed ne hoc quidem satis servum fugisse, ut fugitivus dicatur. Accedere etiam affectum animi, et propositum oportet, ne ad dominum redeat. Nam eum; qui hostem, aut latronem incendium, ruinamve, aut præceptoris sævitiam fugerit, fugisse verum est;

2

nen

non tamen fugitivum esse. Quod cum ita sit, ut sine hoc consilio ne ad dominum redeat, fugitivus non sit: quæsitum est, qui semel hoc animo fugerit, si post mutato consilio ad dominum revertatur, quia illud consilium mutarit, an fugitivus esse desinat. Et regula in hac re, cæterisque omnibus delictis cum primis utilis traditur neminem, cum semel deliquerit, pœnitentia sua desinere nocentem esse. *d. L. quis sit fugitivus.* Erronem sic Ulpianus definit: qui frequenter sine caussa vagatur, et temporibus in res nugatorias consumptis serius ad dominum redit, ab errando. *d. L. quis sit.* §. *erronem.* Noxa, servi delictum est: quo nomine noxales actiones proditæ sunt adversus quemcunque dominum, qui servum nunc possideat. Noxa enim caput sequitur. *Inst. de noxal. act.* Noxa igitur solutus est, non qui noxam non nocuit, sed qui noxa, idest, eo iudicio, quod noxa secum affert, liberatus est: pro quo dominus damni æstimationem sustulit. *d. L. quis sit.* §. *quod aiunt.*

Deinde sequitur in edicto paulo post: *Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortisve consciscendæ caussa quid fecerit, sive in arenam depugnandi caussa intromissum fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto. Ex his enim caussis iudicium dabimus.* Recte, hæ enim caussæ ut supra scriptæ illæ de morbo, de fuga, de noxa servi, eiusmodi sunt, propter quas servus, ideoque etiam servi usus domino subtrahatur, dum vel morbo inutilis redditur, vel fugit, vel noxali iudicio dedi cogitur, vel ad iudicium rapitur ob fraudem capitalem. Idemque ab ipso servo periculum imminere multo magis intelligitur; qui vel consciscendæ mortis caussa quid fecit, vel in arenam ad bestias depugnandi
3 caussa intromissus est. † Fraudem veteres delictum dixerunt: et quia iure, et legibus omni delicto pœna adiuncta est, fraudem etiam pœnam nominarunt. L. *aliud est fraus, de ver. sig.* Capitalem autem rem sic definiunt, cuius rei pœna mors, aut exilium est. L. *licet, de verb. sig.* L. *edicto, de bon. poss.* a capite, quia utroque modo, idest: morte et deportatione, sive, quod idem est, exsilio accidat, ut caput, idest, homo e numero civium eximatur, quia civitatem amittat: *L.* 2. §. *de pœnis.* §. *cum autem, quib. mo. ius pet. pot. sol.* ut quod ad civitatem Romanam attinet, nihil intersit, quo modo de medio civium tollatur. Unde et deportatos morti comparari dicimus. *L.* 2. *in fin. de bon. poss. cont. tab.* Capitalem igitur fraudem admittere, est tale aliquid admittere, propter quod servus capite puniendus sit. *L. cum autem.* §. *excipitur, hic.* Cætera verba exsequitur Ulpianus in *L. cum autem.* Ad has autem caussas, quæ proxime scriptæ sunt, addendæ sunt, quas Ulpianus ex interpretatione voluntatis adiungit in *L. quis sit fugitivus.* §. *si quis talis*, hic. *Si quis* inquit, talis sit, qui omnino manumitti non possit ex *constitutionibus* (quo in genere est is, qui adulterium cum domina commissit. §. 1. *Inst.* de her inst.) *vel si sub pœna vinculorum distractus sit a domino, vel ab aliqua potestate damnatus, vel sit exportandus* (de quibus vide titulum *C. qui non poss. ad libert.* perven.) *æquissimum erit etiam hoc prædici.* Merito: non enim minus ex his caussis servus auferri potest emptori, quam si capitalem fraudem admiserit.

Deinde præcipiunt ædiles *ut † nationem* 4
cuiusque in venditione pronuntient, qui mancipia vendunt: quia, inquit Ulpianus, *L. quod si nolit*, §. *qui mancipia*, hic. *natio cuiusque plerumque provocat emptorem ad emendum, aut ab emendo deterret. Præsumptum est enim, quosdam servos bonos esse, quia nationis sunt non infamatæ: quosdam malos, quia ea natione sunt,*
quæ magis infamis est. Et sane constat † 5
alias nationes perfidiæ nomine infames esse habitas, ut Pœnos: alias levitatis, ut Græcos: alias desidiæ, et luxuriæ, ut Sybaritas: alias crudelitatis, ut Scythas: nonnullas furtis et rapinis præter cæteras esse deditas: ut hæc etiam in proverbium abierint. Hinc illa dicta sunt, fide Punica agere, idest, nulla. Item, cum Cretensi cretizandum, de homine vano et mendaci. De Cretensibus vetus est Epimenidis versiculus, qui et citatur a D. Paulo in epistola ad Titum, cap. 1. Κρῆτες ἀεὶ ψεῦσται, κακὰ θηρία, γαστέρες ἀργαὶ Græcorum levitatem arripuit Cicero *in oratione pro* L. Flacco qua ad detrahendam illorum testimoniis fidem uteretur. Idem de Phrygibus in eadem oratione vetus proverbium refert, *Phrygem plagis fieri meliorem.* Ac deinde post; *quid de tota Caria hac vostra voce vulgatum est, si quid cum periculo experiri velis, in Caria id potissimum esse faciendum?* Et multa quæ sequuntur in eandem sententiam. Et omnino uniuscuiusque gentis sui quodam modo semper fuerunt mores, quorum nomine aut commendaretur, aut male audiret: ut permagni nostra intersit nationem scire cuiusque.

Deinde

Deinde præcipiunt ædiles, *ne veterator pro novitio veneat.* Quod quamobrem faciant, Ulpianus interpretatur in *L. præci-*
6 *piunt.* Hoc quæritur, † veterator a novitio quomodo distinguatur. Ulpianus tempore distinguere videtur, in *d. L. præcipiunt.* Novitia enim mancipia definit rudia: veteratoria, trita et veterana, quasi quæ diu serviendo, et sæpe servitutem commutando usu evaserint callida et vafra. Cælius contra veteratorem non spatio serviendi, sed genere et caussa æstimandum ait: ut sit veterator, non qui diu servierit, sed qui alicui ministerio iam ante præpositus fuerit. Novitius, non qui tyro sit, sed qui nulli ministerio sit præpositus. *L. ult. hic.* Quæ tanquam contraria citantur a Budæo *in annot. ad Pandectas.* Ego an Iurisconsulti inter se dissenserint, et nunquid diversum alii ab aliis tradere voluerint, affirmare non possum. Illud dico in his quidem verbis, quæ proponuntur, nullam mihi videri dissensionem. Novitium Ulpianus appellat rudem. Et is rudis est, non qui non diu servivit; sed qui ita semper habitus est a venaliciario, ut nulli ministerio præponeretur. Ille veteratorem ait tritum. Recte: sed teritur servus non tempore, sed genere serviendi. Et cum hoc probari facile non possit, an exercitus sit servus in re aliqua, an non sit, eius rei inde fides sit, si ministerio alicui sit præpositus. Sane in caussa vectigalium cum constitutum esset, ut qui mancipia invecta professus non est, sive venalia, sive usualia, pœna commissi sit, si modo novitia fuerint, non veterana: veterana sic interpretatus est Marcianus, *L. ult. §. quoties de publ.* quæ anno continuo in urbe servierunt; novitia, quæ anno nondum servierunt. Sed hoc fecit sententiæ eius loci, quem interpretabatur, serviens, idest, non interpretans, quid generaliter sit novitium mancipium, quid veteranum; sed quid eo loco, cum vectigal exigi pro novitio iubetur: quia ex lege id constabat, aut usu sic observabatur. Neque enim de moribus servi illic agitur, ut in hoc edicto, ad quod superior illa Cælii definitio accommodata est: sed quandiu servierint in urbe, ideo spectatur, ut dici possit illa iam Italica esse, non peregrina. Ut igitur vinum vetus recte dicimus, quod est anni superioris, novum, quod hoc anno natum est: L. *vetus, et seq. de tril. vi. et obl. leg.* Sic veterana, quæ iam anno servierint, recte dicemus; novitia, quæ tandiu non servierint. Atque hæ caussæ sunt redhibendi in mancipiis. Illæ propriæ in iumentis, si uti optime ornata, vendendi caussa, fuerint, ita emptoribus non tradantur. Sic enim tradi iubentur edicto ædilium. L. *ædiles aiunt, hic.* Sed totum secundum caput dilucide scriptum est, et explicatum ab Ulpiano in L. *ædiles aiunt.* Inde petendum est. His sigillatim expositis, summam iam complectar: si res distracta in eiusmodi aliqua caussa erit, qualem huc usque persecuti sumus: quæcumque res fuerit, eam ex hoc edicto redhiberi posse.

CAP.



CAP. IV.

Ad res donatas, locatasve edictum ædilium non pertinere, sed solum ad venditas, et si quæ emptioni accesserunt: in venditis etiam quasdam venditiones excipi, et quæ.

SUMMARIA.

1. *Ædilitium edictum ad res venditas dumtaxat, et harum accessiones pertinere: hoc posterius quale sit, explicatur.*
2. *Quid si venditæ rei hereditas aut peculium accedat, an vitiosum in illo mancipium, de quo nihil cautum est, redhibeatur.*
3. *Homo rei venditæ minoris pretii accedere non potest, hoc est, accessionis locum tenere, et quamobrem.* L. iustissime 44. in princ. h. tit. *illustrata.*
4. *Fiscalis tamen venditio Edicto non continetur, adeo, ut nec exinae redhibitio detur, nec actio, quanto minoris.*
5. *Ad simplarias item venditiones non pertinet Edictum, quoad redhibitionem; et unde ita dictæ.*
6. *Quarum rerum, etsi earum venditio ad edictum pertinet, non sit redhibitio.*

SED si distracta est, inquam. Apparet
1 enim hoc † edictum ad venditiones rerum pertinere. Unde tractatum est, an etiam ad alias res producendum esset, donatas puta, itemque locatas: ut si in eadem caussa essent, resoluto contractu redhiberi possent. Et placet neque ad donationes pertinere, quia nullum sit pretium, quod donatarius recipiat: neque ad locationes, quia non similiter locatio, ut emptio fiat. *L. ad res donatas, et L. sciendum, seq. hic.* Locatio enim dominium mutare non solet: L. *non solet, loc.* emptio sic contrahitur, ut apud emptorem res perpetuo maneat. Quod ne accidat, si emptor decipi videbitur, hoc edicto provisum est. Sed ita ad venditiones tantum pertinet hoc edictum, ut si qui emptioni similes sunt contractus, contineantur. In quo genere permutatio habetur. L. *sciendum.* 19. §. *deinde, hic.* Tantum enim ob id distare dicitur permutatio ab emptione, quia non potest in permutatione intelligi, quis emptor, quis venditor sit. Re quidem ipsa uterque emptoris, uterque etiam venditoris loco est. L. 1. *de rer. permut.* De re distracta id hoc loco monendi sumus, non tantum rem venditam intelligi eam, de qua emenda principaliter convenit, sed etiam eas, quæ rei venditæ accesserint. Huc referri debere regulam illam veterum, quæ traditur in L. *quod si nolit*, in fin. hic, *quod emptioni accedit, partem esse venditionis prudentibus visum est.* Quod eo pertinet, ut sicut superius venditor de morbo, vitiove, et cæteris quæ ibi comprehensa sunt, prædicere iubetur, et præterea in his caussis non esse mancipium, ut promittat, præcipitur: ita et cum accedat alii rei homo, eadem et prædicere, et promittere compellatur: modo rem certam accessuram esse dictum sit, aut specialiter, aut generaliter: veluti omnes res, quæ in fundo sunt.

At si quam † universitatem accessuram 2
esse dictum fuerit, ut peculium, ut hereditatem: quamvis in eo peculio vicarii erunt, aut in hereditate servi vel ordinarii, vel vicarii; non tamen si vitiosi erunt, aut de iis non cavebitur, redhiberi possunt. Nam cum peculium accessurum dictum est, nihil de servis dictum intelligitur, quasi accedere debeant: sed ea tantum accessura dictum est, quæ in peculio fuerint. Ut igitur si nihil omnino esset in peculio, aut esset quidem, sed perquam exiguum, nihil amplius tamen præstare venditor deberet, quia nihil nisi peculium nominavit: ita si quid erit ex parte, non tamen integrum, multo minus aliquid eo nomine præstare debebit. L. *itaque.* 32. *et* L. *proinde, seq. hic.* Hinc pendet, quod de homine ita † 3
cautum fuit edicto, cæteras quidem res homini vendito, cuiuscumque pretii essent, accedere posse: hominem autem ei rei, quæ minoris esset, accedere non posse. Et ideo ædiles negant se de eo homine, quasi accesserit, iudicium esse daturos: ut sit hic locus ad suprascriptam definitionem exceptionis vice. Hoc autem iustissime ab ædilibus cautum esse Paulus ait, *propter dignitatem hominum, ne qua fraus edicto, aut iuri civili fieret.* L. iustissime, 44. *hic.* Quod ait, *ne qua fraus aut edicto, aut iuri civili fiat*, hanc sententiam habere videtur. Si rei minoris pretii hominem accedere dicemus, etiam minimæ rei accedet. Hoc mo-

modo inventa erit ratio, ut cum servum quis donare voluerit, tamen venditus videatur. Res puta, aliqua minoris pretii vendetur, cui rei iubebitur homo ille accedere. Ita quia pars venditionis sit, venditus quoque intelligetur. Sic eveniet, ut quamvis re vera sit donatus, redhiberi tamen possit, nisi donator in illo ea præstet, quæ in re vendita ædiles iubent. Quod est contra edicti huius sententiam, quod de rebus tantum distractis iudicium pollicetur. Eademque ratione eveniet, ut de eo homine quasi de vendito iudicari debeat. Quod in fraudem iuris civilis multis modis fieri poterit: quo iure pleraque de venditionibus licent, quæ in donationibus constituta non sunt: puta ut dupla promittatur. Nam hæc de homine vendito, deque cæteris rebus omnibus non contemptibilibus iure civili promitti iubetur. *L. emptori*, *de evict.* At hic re vera donatus est. Est autem contra iuris civilis rationem, ut in aliis contractibus dupla promittatur. Iam et hoc absurdum, inquit Paulus, hominem rei minori accedere. Nam nec in cæteris rebus hoc dicimus. Ridiculum est namque fundum tunicæ accedere. Nec si id fiat, nisi in fraudem fieri potest, ut cum alius contractus in eo fundo agatur, venditionis tamen species quæsita sit. Id si in cæteris rebus probamus, in homine, qui maioris est pretii, probandum est tanto magis, quanto omnibus aliis rebus homo dignitate præstat. Hæc verborum Pauli sententia est.

Hoc edictum, etsi generaliter conceptum est ad redhibitionem rei distractæ ex his caussis, quas exposuimus: nonnullas tamen cautiones habere sciendum est. Nam neque in omnibus venditionibus locum habet,
4 neque omni tempore. Primum † ad fiscales venditiones non pertinere placet. *L. 1. §. illud sciendum hic.* Credo propter auctoritatem hastæ fiscalis, quam facile convelli propter utilitatem Reip. non convenit; *L. si hypothecas. C. de re. pig.* vel ideo, quod fiscus vitia rerum a se venditarum scire non possit: ut ab eo exigi non debeat, ut prædicantur; omninoque utilitatis publicæ caussa ad res ab eo emendas sic accedi oporteat, ut qua conditione sunt, eadem emantur. Cum autem ædilium edictum ad has venditiones non pertinere dicitur, hoc significatur, non solum non esse ex his caussis, quæ edicto comprehensæ sunt, rei fiscalis redhibitionem; sed ne actionem quidem, quanto minoris res fuerit, cum venibat. Nam utraque hæc actio de re non
5 sana hoc edicto proponitur. Præterea † nec simplariarum venditionum caussa redhibitionem esse Pomponius scribit, L. *si tamen*, *in fin.* 48. *hic*, simplarias venditiones vocans rerum minutarum, et contemptibilium: vel a simpla, quæ in hoc genere venditionum dumtaxat promitti debet, cum in aliis omnibus duplæ promissio a venditore exigatur, L. *emptori*, *de evict.* quod Budæo videtur, vel a rebus, quæ venditiones continentur. Veteres enim, ut auctor est M. Varro, res minutas, nulliusque pretii simpularias appellabant: a simpulo, quod parvum vas esse definit minutatim fundens, in cuius locum successisse ait in conviviis, quam ἐπίχυσιν nominat. Festus vas parvum non dissimile cyatho, quo vinum in sacrificiis libabatur. Nec si has res redhibere non licet, ideo fit iniuria emptori, qui ut redhibere non possit; de pretio tamen experiri potest, quanto minoris empturus esset. Redhibitionem enim solum hic detrahimus. Potest etiam in re emenda de vitio sibi cavere: ut cum aliter potuerit illi cautum esse, non temere permitti debeat ob res minutas de redhibendo controversiam movere.

Sed nec si earum † rerum venditio sit, 6
quæ ad edictum pertineat, semper tamen redhibitio est. Mitto, si quid de vitiis nominatim venditor exceperit. In quo dubitari non debet, quin etsi ea vitia palam pronuntiata non sint, tamen emptori non dent redhibitionem. L. *quæritur*, 14. §. *si venditor hic.* Licet enim cuique de re privata, et ad se pertinente pacisci, neque in eo quidquam contra edictum fit, si quis eo iure, quod pro se introductum est, non utatur. L. *pacisci*, *de pact.* Hoc dicimus etsi nihil exceptum sit, etsi res vitiosa sit, aut non sit in re, quod dictum est: non tamen ea vitia venditori præstanda esse ex hoc edicto, quæ quis non ignorarit. Finge equum cæcum esse, claudum esse, cicatricem in capite, aut alia parte corporis evidentem, et periculosam habere: nihil venditori nocebit, et si ea non palam esse dixerit. Non quod non verba generalia sint edicti de eo, qui quid morbi vitiive sit, non pronuntiarit: sed quod huius edicti proponendi caussa hæc fuit, ne emptores non admoniti decipiantur. Non decipiuntur autem, qui non ignorant. Ita iam ex sententia venditor non tenebitur. *L. 1. §. si intelligitur*, *d. L. quæritur*, *in fin. hic.* Idem dicemus, quis ædes ruinosas vendendo in re præsenti ædes bene ædificatas dixerit: si servum deformem, speciosum. Nam hæc cum palam sint, emptor deceptum se

esse quæri non potest. *L. ea, quæ, de contr. empt. L. si tamen* 48. §. *ei qui hic.* Solum id agitur hoc edicto, ne per silentium, et reticentiam venditorum emptores decipiantur. *L.* 1. §. 1. *hic.* Unde merito dubitari potuit, an etiam pœna sit reticentiæ ex hoc edicto adversus eos venditores, qui ideo quid vitii in re quaque esset, non pronuntiarunt, quia ipsi quoque id ignorabant. Nam in his nullum consilium fraudis esse potest. Sed apparet ædiles omnino voluisse venditorem teneri, etiam si ea, quæ illi præstari iubent, ignorarit: non tam ideo, quod præcise eos, qui mancipia vendunt, iubent, si quid morbi vitiive sit, palam et recte pronuntiare, nec quidquam addunt, sciant venditores, nec ne: quam quod extremo edicto actionem specialiter in eum constituerunt, qui sciens dolo malo quid vendidisset. Unde colligitur, superiores adversus ignorantes dari. Idque in principio interpretationis edicti notat Ulpianus, in *L.* 1. *Neque hoc iniquum est*, inquit, ignorantem teneri. *Potuit enim ea nota habere venditor: nec multum interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris, an calliditate.*

CAP. V.

De re quæ redhiberi potest, quæ actiones; ac primum de redhibitoria.

SUMMARIA.

1. *Tres esse actiones edicto ædilitio constitutas, et quæ sint.*
2. *Actio redhibitoria cur ita dicta.*
3. *Hæc actio competit dumtaxat ex edicto ædilitio.*
4. *Contrariis occurritur.*
5. *Cui competat actio redhibitoria, et adversus quem.*
6. *Sex mensium intervallum, tempus esse huic actioni præstitutum, interdum et duorum mensium, et quibus in casibus.*
7. *Quibus de rebus competat actio redhibitoria.*
8. *Qui finis et effectus redhibitoriæ, redhibere quid sit; et quarum rerum mutua præstatio et* num. 11. 12. 15. 16.
9. *Deteriore re facta post traditionem opera emptoris aut eius familiæ vel procuratoris, quanto pluris antea fuerit, restitui venditori.*
10. *Opera emptoris familiæ, procuratoris deteriorem rem factam, quo sensu accipiendum.*
13. *Quibus nominibus si res redhibeatur, in præteritum damnum, aut commodum futurum venditori adversus emptorem caveatur.*
14. *An morboso mortuo mancipio, emptor experiri possit redhibitoria ad pretium recuperandum; et quid si emptoris culpa sit mortuum.*
15. *Quid pretii, accessionisve aut obligationis nomine pro re iam redhibita; seu cautione data a venditore emptor recipere debeat et* n. 16.
17. *Earum rerum præstatione denegata emptori, quanti debeat esse venditoris condemnatio.* L. redhibitoria 45. h. tit. *explicata.*
18. *Arbitrariam esse redhibitoriam in factum actionem.*
19. *Plures emptoris successores non posse pro parte rem redhibere, eoque nec liberari, et quare.*
20. *E contra pluribus venditoris successoribus rem posse redhiberi pro parte, et quæ differentiæ ratio et* num. 19.
21. *In factum actio proposita hoc edicto quæ.*

Superest, ut cum in ea caussa res erit, ut ex edicto redhiberi possit, † quæ
1 hoc nomine actiones hoc edicto constitutæ sint, et quales, consideremus. Eas tres esse intellectum est. Unam ad redhibendam rem, quæ distracta est. Alteram in id, quanto minoris res fuerit, quam vendita est, si videatur eam non redhibere. Tertiam in id, quod interest. De duabus illis prioribus diserte edicto cautum est. Tertiam illam in id quod interest, illis verbis sine dubio ædiles pollicentur; *hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo fecisse dicetur, iudicium dabimus.* Iudicium sic accipimus, in id quod interest. Aiunt enim, *hoc amplius*: nimirum, id est præter suprascriptas illas actiones de quibus diximus, et quas intra certum tempus proposuimus, etiam in eum, qui sciens fecerit, iudicium uti ea res erit, dabimus. Quod non aliud esse potest, nisi in id, quod emptoris interest, etiam si tanti res non valeat. Quid verbis opus est? In hanc sententiam pene diserte rescripsit Antoninus in *L.* 1. *C. de ædil. act.* cuius rescripti verba hæc sunt: *Si non simpliciter, sed consilio fraudis servum tibi nescienti fugitivum, vel alio modo vitiosum quis vendidit, isque idem fugitivus abest: non solum in pretium servi venditorem conveniri; sed etiam damnum, quod per eum tibi accidit, competens iudex, uti iampridem placuit, præstari iubebit.* De re-

2 redhibitoria actione primum videamus. † Sic enim dicta est ea, quæ ad redhibendum competit: non ut proprium hoc nomen sit actionis; sed cum actio in hanc rem inducatur ab ædilibus intra certa tempora, ad redhibendum autem detur, ideo redhibitoria appellatur. Sic de peculio dicuntur actiones, quæ ex contractibus filiorum familias adversus patrem dantur, non quia sint actiones ullæ, quæ ex ea caussa nascantur: sed cum depositi actio sit, exempli gratia, ex eo, quod apud filiumfamilias depositum est, ea depositi cum hac adiectione, *de peculio*, dicitur, quia non in solidum adversus patrem, sed quatenus in peculio est, datur. *L. deposui, de pecul.*

Qualis sit ea actio; civilis, an tantum ædilicia, cui detur, adversus quem, intra quod tempus, qua de re, et cuius rei gratia, cognoscendum est. De quibus quidem breviter et commode edicto comprehensum est. Sed res postulat, ut separatim et ordine explicentur. Sic enim plane eius iudicii natura perspicietur, omnibus iis notatis et expositis locis, qui in unamquamque actio-
3 nem incurrunt. Principio † ædilitiam esse constat. Hoc cum dico, non illud dico, si quis ex suprascripta aliqua caussa earum, quæ edicto comprehensæ sunt, rem redhibere velit ex hoc edicto, id eum posse facere: sed illud, cum quisquis ex aliqua caussa rem redhibere velit, non posse nisi hoc iudicio facere, totumque id ex hoc edicto competere. Proinde nec actionem ullam huius generis esse civilem. Quod et testatur Cicero *Lib.* 3. *Officior.* cum de iis, quæ iure civili præstanda sint venditori, et quæ ex edicto ædilium, disserit. Ex quo effici volo, omnem ad redhibendum actionem intra sex menses tantum competere; non esse perpetuam: quia ex hoc edicto tantum proficiscatur, eo autem edicto præstituatur certum tempus. Idque etiam rescripto Gordiani declaratur, *L.* 2. *C. de*
4 *æd. act.* Hoc eo † disputo, quod Ulpianus alibi ea enumerans, quæ empti iudicio continentur inter cætera sic scribit: *Redhibitionem quoque empti iudicio contineri Sabinus, et Labeo putant, et nos probamus.* L. ex empto, §. 1. *de act. empt.* Quibus verbis ex empto actionem etiam in hanc caussam competere ostendit. Quæ res plerosque valde torsit. Nam si hic ex empto actio est, perpetuo quoque in eam rem dabitur. Est enim actio ex empto civilis, eoque etiam perpetua. Quod si est: erit inutile ex edicto ædilium intra sex menses experiri, cum perpetua iure civili competat. Imo vero absurda sententia admodum efficietur, ut cum iure civili ex hac caussa actio competat perpetua: ædiles, qui adiuvandi iuris civilis, et æquitatis constituendæ caussa edicta proponere debent, ac ius civile subsequi, *L. scio, de testib.* intra sex tantum menses dent: idest, contrarium ius proponant. Quamobrem redhibitionem sic vulgo interpretati sunt apud Ulpianum, qui ista persecuti sunt: non redhibitionem ex hoc edicto, sed resolutionem emptionis quamlibet, quam interdum actione ex empto consequimur: quod et eodem loco Ulpianus docet: *veluti*, inquit, *si quis virginem se emere putarit, cum mulier esset. L. si quis, L. ex empto.* Quæ interpretatio manifeste eo ipso loco Ulpiani refellitur. Nam ut intelligere liceret, illic Ulpianum, cum redhibitionem nominavit, eandem redhibitionem intelligere, quam cæteri Iurisconsulti, quæ ex edicto ædilium constituta est, non autem aliam resolutionem emptionis: primum exemplis edicti ædilitii usus est. Deinde exemplum attulit, in quo redhibitionem quidem non competere ait, sed tamen actionem ex empto competere ad resolvendam emptionem. Quid ergo est? Etiam ad redhibendum ex empto actione utimur? Sane vero utimur. Idque ostendere Ulpianus voluit. Nec mirum. Nam si ea, quæ more et consuetudine usitata præstari solent, in bonæ fidei iudicium veniunt: *L. quod si nolit*, 31. §. *quia assidua, hic.* quanto magis redhiberi ex hac caussa veniet, quæ non more et consuetudine, sed iure certo præstanda est? Et hoc edicto, nimirum ex suprascriptis caussis ex empto actio inducitur. Sed non ideo actio his casibus civilis erit. Certis finibus ea ab ædilibus inclusa est, quos excedere non liceret. Erit igitur ad redhibendum actio ex empto, sed intra sex menses. Nam longius excurrere eam ex his caussis vetant æediles.

Competit † hæc actio *emptori, eique,* 5
ad quem ea res pertineret. Emptorem sic accipe, ut qui emptori similes sunt, contineantur, veluti qui permutarunt. *L. sciendum*, §. *deinde, hic L.* 2. *C. de rer. per.* His verbis, *ad quem ea res pertinet*, successores significantur, qui in locum et ius defuncti successerunt: quia ad hos tantum actiones nostræ iure pertinent *d. L. sciendum*, §. *illud, hic. L. sciendum*, §. *ult. de verborum signif.* Cum de defendendo successore agitur, etiam qui in rem successerunt, his verbis continentur: quia hi exceptione et defensione auctorum suorum quo minus utan-

utantur, nihil est impedimento: cum ille qui agit, dolo faciat id petens, quod ab auctore petere non posset. Huius generis sunt, qui emerunt, aut ex permutatione, donatione, aliave qua ex iusta caussa ab eo acceperunt. *L. ait prætor. cum L. seq. de iureiur.* Adversus quem competat, hoc quoque dilucide edicto expressum est; de quo vide Paulum in *L. iustissime*, §.
6 *proponitur.* Tempus † huic actioni certum præstitutum est, in cæteris quidem caussis omnibus sex mensium utilium. *L. sciendum*, §. *ult. hic.* In his duabus duorum mensium dumtaxat, si de iis rebus, quæ præstari iubentur, venditor non caveto. L. *si venditor*, 28. *hic.* Item si ita convenit, ut si res non placeat, redhibeatur. Nisi quod et in hac caussa postrema etiam ultra id tempus ædiles caussa cognita iudicium pollicentur. Quid enim, si aut mora fuit per venditorem, aut non fuit præsens, cui res redderetur? Est æquissimum, emptori, per quem non steterit, succurri. *L. quod si nolit*, §. *si quid ita*, *et* §. *seq.* Qua de re compe-
7 tat, videamus. De re vitiosa † distracta, et quæ in suprascripta aliqua caussa sit, competere certum est. Aiunt enim ædiles, *Iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.* Sed sciendum est, propter id interdum etiam alias res, quæ una venditæ sunt, redhiberi posse, quamvis per se nec vitiosæ, nec morbosæ sint, nec quidquam de his dictum sit, quid præstari oporteret. In ea caussa sunt res omnes, quæ cum eiusdem generis essent, pariter emptæ sunt, ut comœdi, aut chorus, idque vel uno pretio in omnes constituto, vel in singulas ita, ut tamen appareret res inter se coniunctas esse, nec quemquam nisi omnes empturum, vel venditurum fuisse, ut plerumque circa comœdos, vel quadrigas, vel mulas pares accidere solet. *L. cum eiusdem, hic.* De hac re sic hoc edicto in iumentis cautum est: *Si iumenta simul paria venierint, et alterum in ea caussa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, ut utrumque redhibeatur.* Hoc de iumentis dictum Ulpianus propter eandem rationem ad homines etiam, et cæteras res transtulit. *L. ædiles aiunt*, 38. §. *ult.*

8 Restat ut † ad quid detur hæc actio, quid hoc iudicio agatur, cognoscendum sit. Nempe ad redhibendum datur. Exitus hic est, ut re redhibita venditori, emptor id omne quod pro ea re præstitit, tanquam re inempta facta recipiat. Quod et ipsum edicto expressum est. Redhibere vero, ut Ulpianus definit *L. redhibere.* 21. *est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerat*, quod quia reddendo fit, idcirco redhibitio dicta est, quasi redditio. Sed non continuo hoc iudicium emptori datur. Prius ædiles quædam eum præstare iubent edicto, tum deinde quæ vult, hac actione consequi. Hæc autem illa sunt, quæ a venditore emptor accepit; item quæ ex iis ad emptorem pervenerunt: ut ita scilicet vere ab utraque parte ab emptione discedatur, sicque consulatur emptori, ne venditor iniuria afficiatur. Ex quo de vi redhibitionis illa tradita sunt, iudicium redhibitoriæ actionis utrumque et emptorem et venditorem quodam modo in integrum restituere debere. *L. cum autem*, 23. §. *Iulianus ait.* Item, facta redhibitione, omnia in integrum restitui perinde, ac si neque emptio, neque venditio intercessisset. *L. facta.* 60. *hic.* Primum ædiles rem venditori restitui iubent: *Iudicium*, inquiunt, *dabimus, ut id mancipium redhibeatur*: eamque restitui nec deteriorem. Quod † si 9
deterior facta sit, tum id restitui, quanto post venditionem, traditionemque deterior opera emptoris, familiæ, procuratorisve eius facta est. Quod caput edicti interpretatur Ulpianus sub hoc titulo in *L. ædiles, etiam*, 25. Quod igitur aiunt, *post venditionem, traditionemque*, eo pertinet, ut si quid ante traditionem res deterior facta fuerit, ad emptorem non pertineat. Cum enim emptori nondum tradita est a venditore, quod ei imputari possit, quod res deterior facta fuerit, nihil est. Opera † em- 10
ptoris deterius factum sic accipimus, dolo malo emptoris, culpave, quamvis levi: veluti quia servum ægrotum neglexit, aut malum medicum adhibuit. *L. ædiles etiam* §. *Pedius. L. quod si nolit*, §. *culpam.* Familiæ appellatione domestici omnes, quique in potestate, et famulitio emptoris sunt, continentur. *d.* L. *ædiles*, §. 1. *et* L. *quod si nolit*, §. *quod in procuratore.* Procuratorem in hoc edicto sic accipe: non quemlibet, tametsi verba id pati videntur; sed ex sententia edicti eum, qui in ea re quæ empta est, procurator sit, idest, qui eam mandatu domini tractet: quo in numero tantum duo sunt, aut cui id ipsum, propter quod res deterior facta est, specialiter mandatum est, aut cui universa negotia commissa sunt. Nam oratione generali idem assequimur. *d. L. ædiles*, §. *procuratoris.* Horum autem facta emptorem præstare ædiles voluerunt, quia ipse quodam modo per eos fecisse videtur, quibus nisi rem commisisset, deterior facta non es-

esset: et ii erant, qui ne quid admitterent, prohibere poterat. Unde recte Pedius hoc edictum sic accepit, quamvis sine exceptione conceptum sit, ut id dumtaxat ex istorum facto imputari debeat, quod non fuisset passurus servus, nisi venisset. Quod autem passurus erat, etsi non venisset, non aliter teneatur, quam ut sine suo incommodo ea noxa defungatur. *d. L. ædiles etiam*, §. *Pedius*. Finge, dum procurator rem alienam esse putat, non domino emptam, eam corrupisse: aut in rixa id fecisse; quod etsi res empta non esset, facturus esset.

Deteriorem rem factam accipere debemus, quovis modo deteriorem non tantum a corpore, sed etiam ab animo. Ut si equus emptoris negligentia, vitiove mordax, aut calcitro evaserit, si servus imitatione conservorum vinosus, aleator, ganeo. *d. L. ædiles*. §. *hoc autem*. *L. cum autem*, *in princ. hic*. Aiunt præterea
11 ædiles, † *sive quid ex eo post venditionem natum, acquisitum fuerit*. His verbis continetur quidquid vel ex re, ut fructus, ancillæ partus, fœtus pecorum; vel extra rem, opera tamen aut per occasionem eius rei, ad emptorem pervenit. L. *cum autem*, 23. §. *ultim. et* L. *seq*. Modo tamen in servo vendito ea excipiamus, quæ per eum quæsita sunt ex re emptoris: quæ ad alium pertinere, quam ad eum, unde sunt profecta, idest, emptorem, iniquum est. L. *quod si nolit*, §. *si peculium*. Quod autem aiunt, *natum*, *acquisitum fuerit*, sic accipiendum est: aut per eum factum erit, quo minus acquireretur: ut non magis quod ad eum pervenit, quam, quod culpa eius non pervenit, præstari debeat, ut duobus locis testatur Ulpianus *L. redhibere*, 21. *in fin. et L. cum autem*, 23. §. *cum redhibetur*. Idemque in sequentibus verbis intelligendum est, *sive quis ea re fructus ad emptorem pervenerit*. Addendum est enim: aut opera eius factum erit, quo minus perveniret. Idque ex eo colligitur, quod supra ædiles præstari voluerunt, quanto res deterior facta esset, non tantum ab ipso emptore, sed etiam opera eius, et culpa, negligentiave. Sed cur id omne ædiles præstari voluerunt, quod post venditionem acquisitum est, non id solum, quod post traditionem: cum supra, ubi res deterior facta est, id solum, quod post traditionem res deterior facta esset, præstari iusserint? Quia omne commodum, et omnis fructus ad emptorem pertinet statim post venditionem, §. *cum autem*, *Instit. de cont. empt.* ut secundum regulas iuris ad eum pervenerit, et ob id etiam restituere debet, quia illi acquisitum est. Rem autem deteriorem facere non potuit, nisi is, qui rem accepisset. Deinde aiunt ædiles, † *et si quid ei in venditione accesserit, sive quis ad emptorem fructus ex ea re pervenerit*. His verbis ædiles idem de iis rebus, quæ emptioni accesserunt, quod de re ipsa vendita fieri iubent: scilicet, ut ante dixi, ne in re redhibenda quidquam lucri apud emptorem maneat, nec quo incommodo venditor afficiatur. 12

Se quoniam id præstare emptor debet, quanto res deterior facta est opera emptoris, et præterea id quod inde acquisitum est; cæterum † fieri potest, ut ius eius rei 13
facto emptoris aliqua in re imminutum sit, aut etiam æstimatio, neque tamen id appareat: item ut nihil dum acquisitum sit, res tamen in ea caussa sit, ut postea acquiri possit, quibus nominibus venditori consuli oportet: subsidio in hac caussa et similibus omnibus cautiones comparatæ sunt in utrumque tempus tam præteritum, quam futurum, quibus de indemnitate venditori consulatur. In præteritum de dolo malo emptoris, ne forte rem aut pignori dederit, (nam etiam redhibito mancipio pignus, quod ab emptore datum est, manet. L. 3. L. 4. *quib. mod. pig. sol. L. bovem*. 43. §. *pignus*, *hic*.) aut iussu eius damnum alicui datum sit. In futurum de re redhibenda, quæ postea ad eum pervenerit, aut dolo malo eius factum erit, quo minus perveniret: ut, si iudicium servi nomine susceperit, quo iudicio fieri potest, ut venditor ei condemnetur. *L. redhibere*, §. 1. *L. item si*, 30. *hic*.

Habes, quid emptor venditori præstare debeat, priusquam ab eo quidquam consequatur. Quid, si cum iudicio ad redhibendum egerit, ista non præstet? Non est expectandum, ut ipse venditori condemnetur: nam hic venditor actor non est. Sed emptori, qui agit, venditor non condemnabitur. Utetur enim venditor exceptione edicti, quo edicto ædiles ordine fecerunt, ut ante omnia, quæ supra scripta sunt, præstet, sic deinde suum consequatur. *L. illud*, 29. *L. ædiles etiam*, *in fin*. Unde dubitari potuit, an † mortuo mancipio mor- 14
boso maneat redhibitoria actio ad pretium recuperandum. Movet quæstionem, quod mortuum mancipium iam reddi non potest; at actio ex hoc edicto emptori sub conditione datur, si illa præstiterit emptor, quæ ædi-

ædiles iubent, id est, rem, et quæ ad rem pertinent. Et placet etiam mortuo homine non solum redhibitionem actionem, sed etiam cæteras ædilicias manere: neque id solum cum mancipium sine culpa emptoris periit, sed etiam cum dolo, aut culpa: ut siquidem sine culpa perierit, emptor de pretio agere possit, quamvis rem, quæ non est, non redhibeat, nec quidquam eo nomine præstet: sin culpa eius, tum uti servus pro vivo habeatur, et quia is præstari non potest, æstimatio eius præstetur. *L. quod si nolit*, §. *item ait*, *et* §. *si mancipium L. si hominem*, 47. *in fin. cum principio* L. *seq.* Nec moveri debemus, quod res non sit; quæ redhiberi possit. Nam ut maxime res venditori reddi debeat: tamen sive absque culpa emptoris res pereat, secundum regulam iuris debitor liberatur. *L. si ex legati caussa*, *de verb. obl. L. quod te*, *si cert. pet.* sive culpa eius periit, æstimationem pro ea præstando facit, ut pro vivo is servus habeatur. Sciendum tamen est, si hominem emptum quis manumiserit, actiones omnes ædilicias denegari. *L. si hominem*, 47. *hic*, quasi suum omnino manere voluerit, qui manumisit, nec quo pretio apud se esset, curarit, qui ideo emit, ut manumitteret. Quamquam autem diximus hæc omnia emptorem præstare debere ante, quam quidquam consequatur: tamen quia id solum agunt ædiles, ut venditori prius consulatur, deinde etiam emptor suum consequatur: valde æquum est, et ex sententia edicti admitti, quod Caius in hac re suadet, in *L. videamus*, 26. ut emptor liberetur, non si hæc omnia ante restituat; sed si caveat, si intra certum tempus pecunia sibi soluta sit, illa esse restituturum. *Alioqui*, inquit, *iniquum erit*, *emptorem compelli dimittere corpus*, *et ad actionem iudicati mitti*, *si interdum nihil præstatur propter inopiam venditoris.*

15 His præstitis quæ ædiles iubent, hoc † reliquum est, ut emptor quod dedit, eo nomine, recipiat. Sequitur igitur in edicto, *si et quanta pecunia pro eo homine soluta*, *accessionisve nomine data erit.* Pretium, et quod accessionis nomine datum est, restituere his verbis iubetur venditor. Id si certum dictum est in eam rem, quæ redhibetur, res expedita est. Sed si plures res pariter emptæ sint uno pretio in omnes universim constituto: veluti si armentum emptum est centum, si grex, et unum aliquod animal morbosum sit: quoniam singulorum pretium nullum dictum est, res dubitationem habet, quod tandem pretium statuatur. Et faciendum est, quod de parte simul evicta servatur. Pro bonitate rei redhibitæ æstimatio præstabitur, postquam aliud certi constitui non potest. Si quo modo pretium in singula capita constitutum est, ut cum grex emitur uno pretio in singula capita dicto, non quia singula tanti valeant, sed quia placeat alia capita aliorum æstimationem supplere non amplius reddetur, quam distinctum est, nec minus, quam dictum est; quamvis per se pluris sit, aut minoris, quod evincitur. *L. si plura*, 36. *L. pen. hic.* Quod aiunt ædiles, *quanta pecunia pro eo homine soluta*, sic accipi debet: quæcumque pecunia non pro pretio tantum, sed etiam emptionis caussa erogata est: si modo tamen aut voluntate venditoris erogata sit, aut necessario, ut si vectigalis nomine soluta, data est. *L. debet*, 27. Quod si id eiusmodi erat, ut emptor facere non cogeretur: neque emptionis caussa factum videbitur, neque id venditor restituere cogetur, si rem nolit recipere: veluti si quid ob delictum servi emptor præstiterit, vel si quas impensas in eo curando fecerit. Nam de eo, quod ob delictum præstitit, imputare sibi debet, quod cum posset hominem noxæ dedere, rem inutilem, nec necessariam fecerit, id est, litis æstimationem sufferre maluerit. De impensis, sic eas fecit, ut posset servum redhibendo eas non facere; et ideo eas non recuperabit: nisi si, ut ante dixi, venditor rem suam recipere velit. *L. cum autem*, §. *Iulianus. L. illud*, *in fin. hic.* Hæc de impensis sic accipienda sunt, si ante iudicium factæ sint. Enim vero si post iudicium acceptum factæ sint ab emptore, ex iudicis officio imputabuntur. Iam enim eas necessario fecit emptor, cui non licuit rem iudicio constituto impune negligere. *L. item si servi*, 30. *hic.* Aiunt ædiles, *cuiusve pecuniæ quis eo nomine obligatus erit.* Hoc † quoque ad in- 16
demnitatem emptoris pertinet, ut non solum quod dedit pro eo homine recipiat; sed etiam si pro eo obligatus est, vel ipsi venditori, vel alii eo nomine, ut liberetur. Et quoniam fieri potest, ut nondum obligatus sit emptor res tamen in ea caussa sit, ut possit ex eventu obligari. Veluti si iudicium servi nomine acceperit: quemadmodum ipsum cavere venditori in simili caussa debere diximus; sic huic vice mutua in hac re caveri debebit fore, ut si sine dolo malo suo condemnatus erit, liberetur: ut sit cautio in futurum ad libera- 17
tionem. Quæ si emptori † non præstabun- tur,

tur, iam illa condemnatio sequetur, quanti utraque res erit, et quod pretium non redditur, et quod emptor non liberatur. Quibus verbis quanticunque emptoris interest, continetur. *L. illud.* Hinc autem intelligitur, quid sit, quod Caius in *L. redhibitoria*, 45. scribit redhibitoriam actionem duplicem habere condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnari venditorem. Duplum intelligit, non quia unius alicuius rei duplum sit, cuius alias nihil sit, nisi simplum; sed quia duæ res ex hoc edicto præstandæ sunt, quibus non præstitis, quia singulorum sua condemnatio est, fit ut in duplum sit condemnatio. Sed quoniam evenit, ut interdum pretium et accessiones venditor reddat: eum autem, qui obligatus est, non liberet, aut contra liberet quidem eum, sed pretium non reddat: quia tantum una res iam ad præstandum deest; ideo illius solum, id est, simpli condemnatio est, eoque modo ipse interpretatur.

18 Arbitrariam hanc † actionem in factum esse ex verbis edicti coniicere possumus, quoniam sic concepta est, ut sit necesse quod prius arbitretur iudex, præstari: nisi venditor id præstet, condemnatio sequatur. *L. illud*, 29. Hoc vero est ex arbitrio iudicis pendere: quæ arbitrariarum actionum definitio est apud Iustinianum. §. *præterea*, *Inst. de act.* Vide in hunc locum, quæ scripsi *ad* §. *præterea*, n. 13. *Inst. de act.* Præterea hæc erat in edictis prætorum conditio et conceptio propria quibus arbitrariam actionem pollicebantur, ut cum ex aliis multis, tum vero ex actione de eo, quod metus caussa intelligi potest. In qua similia verba fuerunt. Ulpianus, *Si ante sententiam*, inquit, *homo sine dolo malo et culpa mortuus fuerit*, *tenebitur*, *idque his verbis* edicti, *neque ea res arbitrio iudicis restituatur.* L. item si cum, §. *pro eo*, *de eo*, *quod met. cau.* Unde eam ubique Ulpianus arbitrariam nominat. *d. L. item si* §. *hæc autem*, *et* §. *seq.* Hinc passim mentio fit arbitrii iudicis sub hoc titulo, ut *L. cum autem*, 23. *in princ. L. illud*, 29. *in fin. L. quod si nolit*, 31. §. *Pomponius*, *et* §. *culpam.* Si actione ex empto ad redhibendum utemur, quando hæc quoque ex hoc edicto inducitur, ut ante diximus, idem consequemur. Nam et hæc arbitrium iudicis habet, *ex fide bona*, ut quam liberrime arbitrari iudex possit, quod alterum alteri ex æquo et bono præstandum est. *L. in bonæ*, *Inst. de act.*

His cognitis de principalibus personis emptore et venditore: de horum heredibus quæsitum est, possitne plures heredes emptoris rem redhibere pro parte; et possitne pluribus heredibus pro parte redhiberi. Et de hac re Ulpianus in *L. quod si nolit.* 31. §. *si plures*, *et* §. *venditori*, ad hanc sententiam scribit: si plures † heredes sint emptoris, omnes ad redhibendum consentire debere, dareque unum 19
procuratorem; singulos pro parte redhibendo non liberari. Rationem hanc esse, quæ alibi multis locis exposita sit, *ut L.* 2. §. 1. *L.* 4. §. *ult. L. in exsecutione*, §. *pro parte*, *de verb. obl.* quod cum duæ res alicui sub disiunctione debentur, puta decem, aut Pamphilus, non possint unius rei partem præstando heredes liberari: ne si id fiat, alii possint alterius rei partem præstare, et ita creditor non consequatur: quod stipulatus est: cui una res ex illis debebatur, non duarum rerum diversarum partes. Quod in proposito accidit, nam hoc edicto adversus venditorem de re morbosa duæ actiones proditæ sunt, ad redhibendum, et quanto minoris. Cum utraque possit, conveniri, hoc tamen illi debetur, ut alterutra, idest, illa aut illa tantum conveniatur. At contra eveniet, si unus ex heredibus partem hominis redhibuerit. Nam alii coheredes, ad quos factum coheredis sui nihil pertinet, ageut pro sua parte, quanto minoris. Itaque fiet summa iniuria venditori, ut partem rei suæ recipiat, de alia parte in pretium conveniatur. De venditoris heredibus, sicut in aliis obligationibus, quæ partis præstationem recipiunt, sic in hac diversum † ius esse. Posse enim singulis pro 20
portione hereditaria servum redhiberi: optima ratione, quæ alibi ab eodem redditur: *L.* 3. *de verb. oblig.* quia scilicet singulorum nihil amplius interest, quam pro parte. Quamvis igitur parte uni alicui soluta evenire possit, ut adversus alios quanto minoris agat emptor: tamen id queri heres non poterit, qui dum suam partem consequatur, et eatenus indemnis reddatur, quid cum coheredibus suis agatur, solicitus esse non debet. Recte enim ei dicetur, tua nihil interest, dum tibi pro parte satisfiat, quando amplius non debetur. De redhibitoria actione dictum est, quæ ex ea caussa competit, cum res distracta in ea caussa est, ut etiam invito venditore redhiberi possit. Observandum est † in factum quoque 21
actionem hoc edicto esse propositam, qua emptor idem consequatur, quod supra si res ultro recipienti venditori iam ante redhibita sit. Quod ideo fecerunt, ne si semel

sua

sua sponte venditor hoc admisisset, postea eo confugeret, ut diceret non esse rem in ea caussa, ut posset redhiberi. Sat fuit ædilibus tanquam pro tali a venditore ante receptum esse. De hac actione meminimus in edicto, et Ulpianus de ea agit in *L. quod si nolit.* 31. §. *in factum.* Et de redhibitoria actione satis.

CAP. VI.

De actione, quanto minoris, et ea, quæ est in id, quod interest, ex hoc edicto.

SUMMARIA.

1. *Actio quanto minoris quid sit, potest ea quis sæpius experiri diversarum rerum nomine.*
2. *Actio quanto minoris excluditur a redhibitoria, et vicissim; sed non perpetuo quoad hoc posterius.*
3. *Quando hæc actio quanto minoris contineat redhibitoriam, et quid hinc consequens.*
4. *Actionem quanti minoris anni intervallo concludi: Hanc ut redhibitoriam certis de caussis in edicto expressis competere, nullamque ex iisdem caussis esse civilem actionem.*

Hoc latius exponitur, et contraria sententia refutatur, ibid.

1 ALtera est † actio emptori prodita, ut si rem habere quidem velit, velit tamen sine incommodo suo, in id quanto minoris empturus fuerit, agat, idque consequatur. Quæ actio intra annum competit. Hoc iudicium æstimatorium iurisconsulti vocant: *L. si quid venditor*, 18. *L. bovem.* 43. *L. aliquando*, ideo, quia eo iudicio æstimatur res, quanti re vera valuerit eo vitio corrupta, quo laborabat, ut quo pluris empta est, id reddatur. Hoc iudicio sæpius agi potest, non eiusdem vitii, morbive nomine, quod iniquum est; sed diversorum: ut quantum est, quanto minoris quis empturus esset, si singula vitia non ignorasset, id præstetur. *L. quod si nolit*, §. *si quis egerit*, *hic. L. quia dicitur*, *de*
2 *evict.* Cum sint autem hæc † iudicia sub disiunctione prodita, ut aut ad redhibendum agere liceat, aut quanto minoris: fit, ut qui alterutro eorum egerit, si altero postea agat, exceptione summoveatur. *L. si is*, *qui heres* §. 1. *de except. rei iud.* Sci-
3 endum tamen † posteriorem actionem, quanto minoris etiam redhibitionem in se continere, si tale vitium in homine sit, ut eum ob id actor empturus non fuerit. *L. si is*, *qui heres*, §. 1. *de excep. rei iud.* Minus enim facturus fuisse recte dicitur, qui omnino facturus non fuit: ut minus solutum intelligitur etiam, cum nihil solutum est. *L. minus*, *de verb. sign.* Ita eveniet, ut qui quanto minoris egerit, quamvis id spectarit principio, non ut res redhiberetur, sed ut æstimata maneret recepto eo, quanto minoris actor empturus fuerit: si reperiatur ad extremum res nullius usus esse posse, veluti quia servus furiosus est, aut lunaticus, officio iudicis consequi debeat, ut res redhibeatur. *L. bovem*, §. *aliquando*, *hic.* Et quoniam ob diversa vitia sæpius quanto minoris agi potest: eveniet etiam, ut qui quanto minoris antea egit, possit postea ad redhibendum experiri, eo vitio comperto: ex quo si quanto minoris agatur, reperiatur actor empturus non fuisse, ideoque etiam redhibitio inde sequatur.

Illud idem præcipue de hac † actione 4
monendi esse videmur, quod de redhibitoria ante diximus, actionem certis de caussis, nempe iis, quæ hoc edicto expressæ sunt, propositam fuisse ab ædilibus, et propositam esse intra annum dumtaxat. Unde intelligi debet, ex illis caussis ultra id tempus agi non posse. Ex quo rursum efficitur, nullam esse ex iisdem caussis quanto minoris civilem actionem, contra quam vulgo placet. Sic enim omnes fere tradiderunt ad *L. Iulianus*, *in prin. de act. empt.* duplicem esse quanto minoris actionem, unam civilem (quod ut facerent, ea re moti sunt, quod Iulianus eo loco dicat, si tignum vitiosum venditum sit, et venditor vitium ignorarit: actione ex empto emptorem consequi posse, quanto minoris empturus fuisset) alteram prætoriam ex hoc edicto. Hanc de mancipiis, et iumentis hoc edicto propositam esse intra annum; illam esse de cæteris rebus perpetuam, ut de tigno. Prætoriam esse in id, quanto minoris res est. Sic enim verba edicti sunt: *aut quanto minoris cum venierint, fuerint*: L. ædiles aiunt. Civilem, quanto minoris quis empturus fuisset. Inter quæ, inquiunt, plurimum interest. Quorum utrumque falsum est. Nam primum quod dicunt, actionem quanto minoris edicto ædilium de iumentis, et mancipiis esse propositam, vere dicunt.

cunt. Quod addunt, de iis tantum: in eo apertissimis sententiis iurisconsultorum refelluntur, a quibus de sententia edicti est hoc traditum, edictum ædilicium etsi de mancipiis et iumentis conceptum sit, tamen sententia ad venditiones rerum omnium pertinere. *L. 1. hic.* Quod autem hæc genera ita distinguunt, ut prætoriam esse dicant in id, quanto minoris res est: civilem, quanto minoris empturus fuisset, ineptissime faciunt, cum inter hæc nihil intersit. Non enim in edicto ædilicio dicitur, quanto minoris iumenta sunt, sed *quanto minoris, cum venierint, fuerint.* Id autem est, quanto minoris empturus quis fuerit. Tunc enim empturus erat, cum venibant, et non pluris empturus erat, quam valebant: et quanti valebant, tanti illum empta habere æquissimum est. Unde hoc iudicium æstimatorium appellatur, quia res æstimatur, quanti vere valuerit eo vitio affecta, quo tenetur: ut quanto minoris valuit, quam empta est, tantum reddatur. Ne multis: illi ædiliciam quanto minoris esse aiunt de mancipiis, et esse in id quanto minoris res fuerit, cum venibat. Hoc iam nihil aliud esse, nisi quanto minoris actor empturus fuisset, cognoscant ex eodem Iuliano, qui in *L. quia dicitur, de evict.* ita scribit: *Egit emptor quanti minoris propter fugam* (de mancipio loquitur) *deinde agit propter morbum. Id agendum est, ne lucrum faciat emptor, et his eiusdem vitii æstimationem consequatur. Fingamus emptam decem : minoris autem empturum fuisse duobus. Hæc consecuturum propter fugam* scribit. *Mox comperisse, quod sanus non esset, similiter duobus minoris empturum fuisse, si de morbo non ignorasset. Rursus consequi duo debebit.* Hæc ille. Ex quibus vel cæco apparet, et nihil aliud esse, quanto minoris quis empturus fuit, quam id, quanto minoris res fuit: et de mancipio hanc esse actionem quanto minoris fuerit, quod illi negabant. Quid plura? Exstat Gordiani rescriptum sub eo *tit. C. L.* 2. quo generaliter demonstratur, nec actionem redhibitoriam ultra sex menses, nec quanto minoris post annum competere. De mancipii morbo consulebatur anno iam exacto, ex quo venditum erat. Quærebatur, possetne emptor aliqua ratione eo nomine cum venditore congredi post annum: ille ait, non posse ulla ratione. Redhibitoriam enim actionem sex mensium temporibus, quanto minoris anno concludi manifesti iuris esse. Nimirum hoc voluit, nullo modo agi posse eo nomine nec iure civili, nec ædilicio. Non enim hoc agebatur, an ædilicia aliqua actio competerat, sed an aliquo modo posset agi iure: quod ille negavit. Ex quo colligitur, nullam esse civilem ex empto eo nomine perpetuam: quæ si esset, actio aliqua post annum competeret. Ridiculum est enim, quod Bartolus ait, cum illud Gordiani rescriptum situm sit sub titulo, *de ædiliciis actionibus*, accipiendum quoque esse de ædilicia quanto minoris actione. Quasi vero quia sub titulum de ædiliciis actionibus a Triboniano postea relatum est, efficere possit, ut sententia Gordiani mutetur, et cum appareat illum de omni actione, quæ eo nomine competere posset, respondisse, de eo non responderit. Recte igitur sic dicetur, cum de omni actione consuleretur Gordianus vitii nomine, nulla autem alia actio quanto minoris competeret, quam ex edicto ædilium, eaque intra annum dumtaxat, unde et generaliter de eo rescripsisset: rescriptum eius in titulum de ædiliciis actionibus bene relatum est. Non autem quia sub eum titulum relatum est, ideo de alia actione, quam de ædilicia antea non respondit. Quid ergo est, quod Iulianus ait: *si quidem ignorans fecit, id tantum actione ex empto præstaturum, quanto minoris emptor empturus fuisset, si ita scisset?* An non ex empto actio civilis, eoque etiam perpetua est? Ego de hac re idem, quod de redhibitione respondeo: ex empto actionem induci ex hoc edicto in id quanto minoris, quia id inductum sit ab ædilibus, ut emptori propter emptionem præstaretur, quanto minoris empturus esset. Quæcumque autem emptori præstanda sunt vel more, vel iure certo, vel quocumque alio modo, iudicio ex empto peti possunt. *L. ex empto, de actio. empt. L. quod si nolit, §. quia assidua, hoc tit.* Sed idem affirmo hac conditione, iisdemque legibus ex empto agi ex hac caussa posse, quæ edicto ædilium constitutæ sunt, ut ultra annum agi non possit: quia nec sit post annum, quod emptori ullo iure præstari debeat. Denique ex empto actio est in hanc rem inducta, adiecto hoc temperamento, quasi quodam titulo actionis, quanto minoris. Ut actionem de peculio dicimus, cum principalem aliquam actionem intelligere volumus, quæ ex contractu filiifamilias competat, quæ tamen peculio tenus competat. De actione, quæ ex iis caussis in id, quod interest, competit, a nobis quod satis sit, ante dictum est et *Cap. 1. et Cap.* proximo *in principio.*

HUGO-

HUGONIS DONELLI JURISCONSULTI COMMENT.

AD TITULUM, DE EVICTIONIBUS, ET DUPLÆ STIPULATIONE.

CAP. I.

Quæstio de evictione ubi locum habeat: quid in ea quæratur: tum quid sit stipulatio duplæ et simplæ, et in obligatione empti et venditi quo iure hæc habeatur.

SUMMARIA.

1. *Hoc in Empti iudicio præcipuum, ut venditor Emptori ita rem tradat, ut ei rem habere liceat, unde evictionis obligatio.*
2. *Tractandarum rerum ordo et partitio.*
3. *Duplæ stipulatio quid sit. Hanc promitti a venditore; quid si nolit.*
4. *Quibus in rebus duplam promitti oporteat.*
5. *Quæ res pretiosæ, ut duplæ stipulatione contineantur; et quæ contemptibiles ut ad hanc non pertineant.*
6. *Simplam promitti indiscriminatim in rebus omnibus.*
7. *Utraque stipulatio committitur, evictione secuta.*
8. *Aditus ad* Cap. seq.

HÆC de evictione, et duplæ stipulatione quæstio, pars est, vel potius appendix quædam eorum, quæ emptori iu-
1 dicio empti præstanda sunt. Inter cætera † de eo, quod primum in venditionis obligatione et summum est, sic traditum est, venditorem emptori rem tradere debere, non etiam rem facere emptoris: sed ita tradere tamen, ut emptori rem habere liceat, ne ab eo avocetur, nam alioqui nec tradita videtur. *L. ex empto*, *in princ. L.* 3. *in pr. L. servus*, *§. ult. de act. empt.* Ex quo efficitur, ut siquidem venditor dominus sit, emptorem dominum faciat: si non sit hactenus obligetur, ut evictionem, idest, evictionis periculum, ac detrimentum emptori præstet re evicta. Sic enim fit, ut constet emptori habere rem non licere, si ab eo evincatur *d. L. ex empto*, *de act.*
2 *empt. L. venditor*, *D. hoc tit.* † Quid sit igitur evincere; quæ res ita evicta intelligatur, ut sit regressus emptori ad venditorem propter evictionem; quæque eo nomine in venditorem actio sit, quærendum est. Quæ sunt maxime de evictione quæstiones, in quibus hic titulus continetur. De stipulatione duplæ quod quæritur, cuiusmodi sit, videamus.

De ea re † hoc iuris est. Cum venditor 3
emptori obligetur, ut ei rem habere liceat: sciendum est sic eum obligari, ut etiam hoc nomine ex empto actio sit: ut habere licere emptori nominatim caveat. *L. ex empto*, *§. venditorem*, *de act. empt.* Hoc amplius etiam eo nomine duplam repromittere debet, si rem habere non licebit: nisi quid aliud ex consuetudine eius regionis, in qua negotium gestum est, observetur. Id enim caveri pro evictione oportebit. *L.* 6. *D. hoc tit.* Ulpianus ad ædil. edictum: in *L. quod si nolit*, *§. quia assidua*, de ædilic. edict. *Quia assidua est*, inquit, *duplæ stipulatio*, *idcirco placuit etiam ex empto agi posse*, *si duplam mancipii venditor non caveat.*

veat. *Ea enim, quæ sunt moris, et consuetudinis, in bonæ fidei iudiciis debent venire.* Idem in *L. emptori*, 37. *in princ. hic*, hoc tit. *emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit: non tamen ut satisdetur (nisi si specialiter id actum proponatur) sed ut repromittatur.* Est autem duplæ stipulatio idem, quod dupli. Subauditur enim quantitas sive æstimatio: ut sit stipulatio quantitatis duplæ æstimationisve eius rei, quæ distracta est. Unde quod duplam dicimus, duplum dici plerisque in locis legimus, ut *L. vindicantem* 17. *hic. L. pen. C. eod. tit.* Quid ergo si dupla non repromittetur? Iam dixi, eo nomine actionem esse, in cuius iudicii condemnationem duplum venire traditum est: *L.* 2. *hic.* Scilicet, ut quantum id est, quod petitur, tanti eo nomine condemnatio sit.

4 Non omnibus tamen in rebus † duplam promitti oportere a venditore Ulpianus auctor est, sed tantum pretiosioribus. De quo ita scribit in *d. L. emptori*, §. 1. hoc tit. *Quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum: ut non ex omni re id accipiamus, sed de iis rebus, quæ pretiosiores sunt: si forte margarita, aut ornamenta pretiosa, vel vestis serica, vel quid aliud non contemptibile veneat.* Ex quibus colligitur, si fundus aut ædes vendantur, aut quid aliud immobile, semper duplam præstari debere; at in rebus mobilibus non semper. In mancipiis quidem omnibus promitti eam oportuit. *d. L. quod si nolit.* §. *quia assidua, de ædil. edict.*

5 In cæteris ita demum, † si non contemptibiles fuerunt, si ornamenta pretiosa fuerunt. Sed unde rerum contemptum, aut pretium æstimabimus? Quem huic rei statuemus modum, ut quod infra sit contemptibile, quod supra sit, pretiosum dicere possimus? Nam hoc Ulpianus non definit, et tamen intelligi ad definitionem eius necesse est. Et Ulpianus idem alibi de actione de dolo agens ait, in primis eam non debere dari, *si modica summa sit*: et modicam interpretatur Paulus ibidem usque ad duos aureos. *L. si quis affirmavit*, §. *ult. et L. seq. de dolo.* Quid igitur vetat, quo minus eandem regulam, et certitudinem æstimationis in hac re sequamur, ut quod modici pretii est, idest, infra duos aureos, contemptibile sit, nec pretiosum: quod eam summam excedit, pretiosum vocemus? nisi quid certius ad hanc rem affertur.

In rebus quidem † certe omnibus, ut ad rem redeam, simplam promitti oportuit, 6
idest, quantum id erat, quod distractum fuerat, nisi id habere emptori liceret: neque id otiose. Quamquam enim sine duplæ aut simplæ stipulatione actio est ex empto re evicta, in id quod interest, quod interdum pretium egreditur: tamen est, ubi nostra nihil intersit rem evictam esse, et tamen stipulatio re evicta committatur, ut postea dicemus. Utraque † stipulatio tunc 7
committitur, cum res emptori evicta est, ut eam emptori habere non liceat. *L. si servus.* §. *I. L. si mancipium*, §. *ult. hoc tit.* Tunc enim habere licet, cum non evincitur: et intelligitur tunc demum emptori per venditorem habere non licere, cum res ob id evicta est, quod aliena esset. Quare eadem quæstio † hic exoritur, 8
quæ supra: ut utrobique quid sit evictio, et quibus rebus contineatur, cognoscendum sit: ut qui id noverit, simul et quando ob evictionem liceat agere propria actione, et stipulatio duplæ ob eandem caussam quando committatur, noverit. De quibus paulo post dicendum est.

CAP.



C A P. II.

Evictio emptori in universum quando, et quatenus præstanda.

S U M M A R I A.

1. *Transitio et ordo.*
2. *Actionem ex empto habet emptor evicta re, etsi de eo nihil convenerit.*
3. *Quinimmo etsi convenerit ut non aliter praestetur evictio quam si res a venditore vel eius herede evincatur; vel ut omnino non praestetur: pretium evicta re certe reddendum erit et* n. 5.
4. *Exceptio.*
5. *Verba illa* ex §. ult. L. ex empto, *eod.* Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, *exponuntur.*
6. *Quod si emptor rem scivit esse alienam vel obligatam ideoque evictioni obnoxiam, nec venditor de evictione tenetur, ubi de eo nihil convenerit, nec pretium reddere cogitur.*
7. *Qui statuliberum vendit, nec tamen conditionem libertatis celavit, nullo pacto tenetur de evictione.*
8. *Qui conditionem certam libertatis pronuntiat et tamen ex alia servus manumittitur, evictione non liberatur, et quare et* numer. 10.
9. *Nisi tamen celata conditio ex qua servus ad libertatem pervenit, meliorem faciat emptoris conditionem: et quae sit talis.*
10. *Qui servum pro conditione libertatis decem dare iussum, viginti dare iussum dixit emptori, qua actione teneatur ob evictionem.*
11. *Et quando in hac specie duplae stipulatione teneatur venditor.*
12. *Idem iuris esse de usufructu, de quo in rei venditione dictum est esse Titii nominatim, cuius non erat: ac de conditione in venditione statuliberi falso pronunciata.*
13. *Qui praedixit emptori conditionem rei certam, unde res ab illo avocari possit, nec de pretio tenetur ea re evicta.*
14. *Et quare pretium restituere cogitur qui generaliter cavit, ne evictionis nomine teneretur.*

1 SED quia hæc † ita quærenda sunt, si modo aliquis regressus sit emptori adversus venditorem ob evictionem: detracta autem duplæ stipulatione non semper de evictione actio est, in quam sententiam etiam pleraque responsa sub hoc titulo exstant: ne frustra reliqua sumatur disputatio: simul ut illa, quæ dixi, capita quo referri debeant, intelligi possit: ante constituendum videtur, quid in universum iuris sit de evictione: sic deinde hoc constituto, regressum esse ob hanc caussam: illud quærere, quid sit, quæque eo nomine
2 sint actiones. Actionem † ex empto esse emptori adversus venditorem ob id, quod res evicta est, regulariter definitum est: idque naturaliter continetur huius iudicii potestate, quamvis nihil convenerit. *L. ex empto,*
3 *in princ. de action. empt.* Quin etiam † si aperte venditor pronuntiavit, si ab alio res evincatur, quam a se heredeque suo, se evictionis nomine non teneri, hoc Iulianus scribit, et Ulpianus probat, *d. L. ex empto,* §. *ult. de act. empt.* teneri ipsum nihilominus re evicta: non quidem ut utilitatem præstet, idest, quod emptoris interest (nam huc pertinet, eamque vim habet conventio, ne præstet) sed ut pretium reddat, quod accepit. Neque enim bonæ fidei contractum hanc pati conventionem, ut emptor rem amitteret, et pretium venditor retineret. Quod ita esse melius ex Ulpiani verbis cognoscemus. Is ita scribit: *Sed Iulianus libro decimo quinto Digestorum scribit, etiam si aperte venditor pronuntiat per se, heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat: posse defendi ex empto quidem eum in hoc non teneri, quod emptoris interest: verumtamen ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum, etsi aperte comprehendatur nihil evictionis nomine præstitum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi. Neque enim bonæ fidei contractum hanc pati conventionem, ut emptor rem amitteret, et pretium venditor retineret. Nisi forte,* inquit, † *si quis omnes istas su-* 4
prascriptas conventiones reciperet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat: veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe. Nam etiam si nihil capit: nihilominus emptor pretium præstare necesse habebit. Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum; nisi forte sciens alienum vendidit. Tunc enim secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam, di-

dicendum est, ex empto eum teneri, quia dolo facit.

5 Hæc ille. In quibus quod in fine ita † scribit Ulpianus, *sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum*, non sic accipiendum est: quasi velit in suprascriptis conventionibus, in quibus alea non emitur, contra esse dicendum, quam Iulianus senserit, et Iulianum reprehendat: ut pretium ne in his quidem sit restituendum, ubi convenit, ne evictio præstetur. Alioqui cum proxime in iis, in quibus emitur alea, dixisset pretium non esse restituendum, et num posset idem dici in suprascriptis conventionibus, in quæstione posuisset: si id quoque verum esse sentiret, debuit ita dicere: Et sane in suprascriptis conventionibus idem dicendum est: ut esset hic sensus, ne in his quidem pretium restituendum esse re evicta secundum conventionem. Quod illum contra fecisse apparet. Quid ergo est? Nimirum cum initio posuisset Iulianus venditorem pretium retinere non posse, quamvis convenisset, ne evictio præstaretur: deinde dubitationem intulisset, quasi suprascriptas omnes illas conventiones, de quibus ipse locutus erat, potius ita recipere deberemus, quemadmodum recipitur, cum alea emitur: hoc non probans Ulpianus, continuo subiungit: Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, quasi diceret: non bene supra scriptæ conventiones, in quibus res certa, non alea emitur, his emptionibus comparabuntur, in quibus alea emitur. Erit igitur contra dicendum, ut pretium in his restituatur; sed pretium tantum. Unde addit, *nisi forte sciens alienum vendidit. Tunc enim*, inquit, *secundum supra relatam Iuliani sententiam ex empto erit actio*: idest, non pretium tantum, sed etiam utilitas veniet. Hæc enim iudicio empti præstantur *L. 1. de act. empt.* Et merito Iuliani sententia prior retinenda est. Ut enim cætera reprehenderet Ulpianus, Iuliani rationem non infirmavit, *bonæ fidei iudicium non pati hanc conventionem, ut emptor rem amitteret, et prætium venditor retineret.* Quod quidem in his verum est, in quibus res certa emitur. In emptionibus in quibus alea emitur, nihil fit contra bonam fidem, si ubi nihil ceperis, pretium tamen habeas. Alea enim, non res certa emebatur.

Sed hæc ita sunt, si emptor rem esse
6 alienam ignoravit. Enim vero † si sciens alienam vel obligatam comparavit, nec quidquam de evictione convenit: non solum re evicta in id, quod sua interest, agere non potest, sed ne id quidem, quod eo nomine dedit, repetere. *L. si fundum, C. eod. tit.* Cui consequens est, ut si cum quid iuris venditori in re vendita deesset, qua in caussa res esset, prædixerit, talemque vendiderit: re ob eam caussam ablata, nullo modo teneatur. Proinde creditor, qui rem sibi obligatam iure creditoris, vel, quod idem est, iure pignoris, idest, tanquam obligatam, non tanquam suam vendit: ea evicta, quod debitoris in bonis non esset, ex empto non tenebitur, ne ad pretium quidem restituendum? hac enim lege vendiderat, emptorem quid accidere posset, admonens. *d. L. ex empto. §. sententiam, de act. empt. L. et si is, de dist. pign.* Plus dicimus, etsi venditor nondum pretium sit consecutus: nullam tamen exceptionem habere emptorem, quo minus pretium venditori solvat. *L. cum ea 60. hoc tit.*

Huc referri debent, quæ tam multis locis de statulibero sub hoc tit. inculcantur, ut si is venditus sit: quod in eo venditor exceperit de futuro casu, aut conditione, qua ea res in libertatem auferretur, in eo evictionis nomine non teneatur. Itaque † 7
refert, quid excipiat: utrum generaliter pro statulibero vendat, ut quocumque modo statutam in tempus habeat libertatem, venditor non teneatur; an vero certam conditionem pronuntiet, sub qua dicat ei libertatem datam. Nam qui simpliciter statuliberum vendit, quocumque modo res evincatur, evictionis nomine non tenetur; nisi in venditione profusorie statuliberum dixerit, conditionem autem libertatis celaverit, quam emptor ignorabat. Quo casu evictionis quidem nomine se liberavit, sed quia emptorem decepit, dupli iudicio tenebitur. *L. qui libertatis, in prin. L. sed etsi quis hoc tit.*
Qui autem † certam conditionem pronun- 8
tiat, quia eam solam excipit, si quidem in eam conditionem servus in libertatem auferatur, liberatur venditor; si in aliam, nequaquam. Merito, quia hanc rem non excepit. Quod tamen sic receptum est: si modo expediebat emptori evinci servum ea conditione, quam venditor pronuntiavit. Finge ea conditione non fuisse tam cito, aut non tam facile e servitute exiturum, quam illa, sub qua re vera manumissus est; quia emptoris conditio deterior fit, ut celerius aut facilius servus in libertatem auferetur, quam ille exspectabat: venditorem ob evictionem teneri æquum est. Quod † si cele- 9
rior aut facilior fuit ea conditio, quæ pronuntiata est, quam sub qua re vera servus ma-

manumissus est: quia etiam si ista conditio-
ne in libertatem non aufertur, melior ta-
men fit conditio emptoris, cui diutius ser-
vit is, qui venditus est: iniquum sane sit
venditorem eo nomine teneri, quod em-
ptori de conditione mentitus est. Huius ge-
neris exempla sunt apud Africanum hæc
sub hoc titulo in *L. fundum*, 46. §. *cum*
tibi. Cum tibi Stichum venderem, dixi eum
statuliberum esse sub hac conditione ma-
numissum, si navis ex Asia venerit. Is au-
tem si Titius consul factus fuerit, manu-
missus erat. Si prius navis venerit ex Asia,
quam Titius consul factus fuerit, venditor
non tenebitur: quoniam quod servus non
statim liber factus est, cum ea conditio
exstitit, quæ pronuntiata est, non ideo em-
ptoris deterior conditio fit; sed tanto me-
lior, quanto illi servus diutius servit, quam
sperarat. Fingamus etiam dixisse vendito-
rem post annum liberum fore, qui post
biennium libertatem acceperat, et post bi-
ennium in libertatem evinci, vel eum, qui
decem dare iussus erat, dixisse quinque
dare iussum, et is decem datis ad liberta-
tem pervenerit. Nihilo magis, quam supra
tenebitur. Interest enim emptoris differri
hominis libertatem in longius tempus, quo
diutius eo fruatur: et sub graviore condi-
tione pecuniæ dandæ esse manumissum:
quia quo plura iussus erit dare statuliber,
ut ad libertatem perveniat, eo difficilius
emptoris potestatem evadet: et plura etiam
emptor consequetur, quam si ita esset, ut
venditor prædixit. Ita quod his casibus ser-
vus in libertatem evictus non est ea con-
ditione, quæ dicta est, sed alia, non fit
emptoris conditio deterior, sed melior. Con-
10 tra † tunc tenebitur venditor, cum eam con-
ditionem pronuntiavit, quæ post eam ex-
stitit, sub qua re vera statuliber manumis-
sus est; aut cum decem tantum dare ius-
sus esset: dixit iussum viginti dare. *L. qui*
libertatis, *hic*. Non quia, ut Accursius in
hoc exemplo putat, difficilius possint vigin-
ti expediri, quam decem (nam hac ratio-
ne eo melior fieret conditio emptoris, quo
difficilius statuliber ad libertatem perveni-
ret) sed quia, ut apparet, cum servus
decem dando libertatem consequetur, em-
ptor decem amittat, quæ consequeretur,
si verum esset servum sub conditione dan-
dorum viginti manumissum esse. Quo ta-
men casu non ob evictionem servi actio
erit emptori ex empto in id, quod inter-
est, aut nomine duplæ certi condictio: quia
de summa quidem mentitus venditor, de
genere conditionis mentitus non est, utpo-
te quæ non minus in dando esset, ut Ser-
vius et Scævola existimarunt: *d. L. qui*
libertatis, *in prin. hic*. Sed erit ex em-
pto, ut quanto minus consecutus est em-
ptor, quam si servus sub conditione dan-
dorum viginti manumissus esset, id conse-
quatur. *L. qui alienam*, 54. §. 1. *hic*. Ex-
stat tamen † in hac ipsa specie Pauli re- 11
sponsum in *L. si decem*, 10. *de statuli-*
beris, in hac sententiam: ut si ob evictio-
nem dupla promissa sit, hoc casu duplæ
sit repetitio. Quod ego sic interpretor: si
quidem specialiter convenerit, ut si ob
hanc conditionem evictus esset, dupla da-
retur. Quod si generaliter convenerit, ut
si servus evinceretur, dupla præstaretur,
non committetur hoc casu duplæ stipula-
tio: quia sit evictus ea conditione, quam
venditor prædixerit. Et ita se habere Ser-
vii et Scævolæ sententiam existimo.

Quod † de conditione, quam venditor 12
in statulibero vendendo excepit, diximus:
idem secundum supra scriptam distinctio-
nem de eo iudicandum est, qui rem ven-
dendo dixit usumfructum alienum esse, et
nominatim addidit Titii esse, cuius non e-
rat, isque ab alio evictus est. *L. minor*,
§. *ulti. L. fundum*, *in prin. hoc titu.* In-
terim illud † maneat, si prædictum sit em- 13
ptori, quid esset in re, unde res postea
ab emptore avocari posset, id actum intel-
ligi, ut si id acciderit, ne pretium quidem
venditor restituat: alioqui frustra id ex-
presserit. Nec mirum † si in eo, qui rem 14
vendens, generaliter ne evictionis nomine
teneretur, sibi cavit, diversum respondea-
mus. Nam cum de conditione rei nihil cer-
to prædixerit, rem tanquam aliquo iure ad
se pertinentem vendere intelligitur; sed
quia veretur, ne ob ignotam aliquam caus-
sam fiat, ut evincatur (nam si sciret, ex-
primeret) ideo sibi cavet. Quod cum fa-
cit, ideo facere existimandus est in re du-
bia, non ut ea res ipsi sit compendio, sed
ut ne noceat: id est, ne re evicta utilita-
tem omnem, quam non erit consecutus,
præstare cogatur, non ut pretium lucretur,
quod sine incommodo suo restituere potest.
Hæc de evictione præstanda ante constitue-
re oportuit. Nunc ad rem veniemus.

CAP.

CAP. III.

Evincere quid sit, et quibus rebus contineatur evictio, ut sit actio ob evictionem, ac primum rem emptori auferre oportere.

1. *Evincere ex notatione verbi quid sit, quid rursus ex usu iuris.*
2. *Tria concurrere oportet ut res evicta dicatur, adeoque sit locus evictioni; ea quæ.*
3. *Etsi lis de proprietate rei mota sit, immo et secuta iudicis condemnatio, quandiu res emptori non abducitur, stipulatio tanquam evicta re non committitur.*
4. *Contrariis occurritur.*
5. *Qui sciens rem alienam ignoranti vendidit, etiam re nondum evicta tenebitur ex empto.*
6. *Emptori victo in rei vindicatione, donec Publiciana superest, non committitur stipulatio,* rem habere licere; *nec actio illi competit evictæ rei nomine.*
7. *Actio ex empto, etiam re non abducta, datur emptori; et qua in specie.*

1 EVincere, † ut verbi vis et ratio facile indicat, est vincendo aliquid ab aliquo auferre et consequi. Unde in disputando, atque omni orationis contentione, quod vi argumentorum, ac dicendo ab adversario extorquemus ut concedat, evincere ab illo dicimur. Eoque modo nunc accipitur. Sed quoniam verbo iuris utimur, et in contentionibus civium inter ipsos de rebus, negotiisque omnibus, quæ iure suscipiuntur, hæc una vincendi ratio est, si iure, iudicioque agamus: unde actio definita est ius persequendi non vi, aut alia ratione, sed iudicio, quod nobis debeatur: eo fit, ut evincere hoc loco id sit, rem non quovis modo, sed per iudicem auferre et avocare ab emptore: vincere denique iudicio rem illius non esse, de qua quæritur. *L. non tamen*, 24. *L. si mancipium*, §. 1. *hoc tit.* Quare si de hac re tota breviter dicendum est, quoniam initio diximus, cum res aliena vendita est, evictionis solum nomine venditorem teneri, ita recte definiemus, tunc rem evictam intelligi, et quod quærimus, tunc emptori adversus venditorem regressum esse propter evictionem, cum emptor de ea re, quam emit, iudicio victus ob eam caussam, quod res auctoris non erat, quodque per eum rem obtinere non licebat, eam dimittere, eaque cedere coactus est. Sane enim ob id, quod rem amisit, quia aliena erat, eum actionem habere placuit. Sed tunc vere intelligetur, rem habere non posse, cum necessitate iudicii coactus fuerit.

2 Tria † igitur sunt, ut hæc eadem paulo uberius et distinctius explicemus, quæ ante quam de re aliena distracta emptori actio sit adversus venditorem, concurrere oporteat. Unum est, ut res certo emptori ablata sit, ut eam illi habere non liceat. Alterum, ut iudicio ablata. Tetium, ut ob eam caussam ablata sit, quod aliena esset, neque eam per venditorem emptori habere liceret. Quarum rerum si una aliqua deerit, actio eo nomine non dabitur. Primum ergo sic † statuatur, quandiu emptor rem possidebit, tandiu emptorem auctorem suum convenire non posse, quamvis res aliena, aut obligata esse dicatur, idque etiam fortasse constet. *L.* 3. *C. eod. tit.* Proinde ne lite quidem mota de proprietate rei, venditor ad pretium restituendum conveniri poterit. *L. si prius*, §. *mota*, *hic.* Hoc amplius, etsi iam emptor in evictione rei sententia iudicis victus sit: si quo modo fiet, ut res ei non abducatur, dicemus stipulationem ob evictionem non committi. Finge eum, qui emptorem vicit ante, sine successore decessisse ita, ut neque ad fiscum bona pervenire possint, neque privatim a creditoribus distrahi. Finge ab eo, qui vicit, ante quam abduceretur, donatam, legatamve esse emptori. Quia illi res non evincitur, quam illi habere licet, idque fit sine eius incommodo: nulla eo nomine ob evictionem actio futura est. *L. habere*, 57. *hoc tit.* Multoque magis idem dicendum est, si venditor ad defensionem vocatus, et procurator ab emptore datus victus fuerit, ac litis æstimationem sustulerit, ut res apud emptorem maneret. *L. si servus*, §. 1. *hoc tit.* Et tamen in his omnibus constitit, rem alienam venditam fuisse. Sed emptori rem habere licet, quæ ablata non est. Nec † adversatur his, quod Ulpianus in *L. stipulatio ista.* 38. §. 1. *et seq. de verb. obl.* ita scribit: *quatenus habere licere videbitur. Si nemo controversiam faciat*: hoc est, *neque ipse reus, neque heredes eius, heredumve successores.* Et mox: *Si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit, vel de usufructu, vel de usu, vel quo alio iure eius,* 3 4

quod

quod distractum est: palam est committi stipulationem. Non enim toto eo loco Ulpiano propositum est docere, utrum controversia solum mota, an condemnatione tandem secuta, stipulatio rem habere licere committatur: sed illud, quibus personis controversiam moventibus, et quibus rebus petitis committatur. Cum igitur ait, illis controversiam facientibus, et omnibus rebus petitis stipulationem committi, sic intelligendum est: siquidem etiam controversia ad extremum perducta sit, et res evicta. Idque liquido ex eo ipso loco intelligitur. Sic enim scribit: *palam est stipulationem comitti, habere enim non licet ei, cui aliquid imminuitur ex iure, quod habuit.* Innuit ergo tunc rem habere non licere, cum ius imminutum est, quod sententia fit iudicis, non controversia mota. Sed nimirum, ut dixi, hoc agebat, ut cum aliquid iudicio evictum est, ostenderet, nihilne referret, quinam evicissent, et utrum rem totam, an vero partem, atque adeo
5 ius aliquod evicissent. Plane si † venditor sciens rem alienam ignoranti vendidit, etiam ante quam res evincatur, emptor utiliter ex empto agere potest in id, quod sua interest, rem suam factam esse: veluti si quos sumptus in lite fecit; si quid propter eam caussam damni passus est: ut enim nihil aliud præstet, dolum certe in omni re debet præstare. *L. sive in libertatem, C. eod. tit. L. servus quem, de act. empt.*

Ad illud redeo: si † rem emptori habe- 6
re licebit, nulla erit ob evictionem actio. Sed etsi uno iudicio victus sit emptor, puta rei vindicatione, qui quod se dominum putaret, se quoque dominum esse intenderat, Publiciana tamen ei supersit, quæ etiamnum superesse intelligitur, stipulatio non committetur, hactenus enim rem illi habere licet. *L. minor*, 39. §. 1. *hic.* Et in summa sic cum Paulo recte definiemus: tunc stipulationem committi ob evictionem, cum iam omnis spes habendi abscissa est. *L. evictus*, 35. *hic.* Quod tamen diximus in totum emptori actionem non esse, si rem illi quocumque modo sine incommodo suo habere licebit, de actione ob evictionem
dictum accipiendum est. Cæterum † ex em- 7
pto actio interdum dabitur. Quod tunc fiet, cum emptori habere licebit, non ob id, quod a venditore tradita erat; sed quod emptori ex nova caussa a domino acquisita est, cum alienam esse constaret: puta si emptor domino successerit. Quo casu a se quidem ipso rem evincere iam non potest. Sed cum non ideo eam non evincat, quod possidendi caussam a venditore habeat, hanc rem venditori prodesse iniquum est. *L. si vendideris*, 9. *L. si ei*, 41. *hoc tit.* Quod si in hac specie recipimus, etiam in illa probandum est, cum res emptori a domino legata, aut donata est. Rem igitur ablatam emptori esse oportet ante, quam illi adversus venditorem actio sit.

CAP. IV.

Ad evictionem oportere rem iudicio avocari.

SUMMARIA.

1. *Actioni tamquam evicta re locus est dumtaxat, cum res iudicio ab emptore est avocata; non item si alio quocunque modo illi sit adempta vel amissa.*
2. *Si tamen invito emptore res ad dominum eo nomine pervenerit, quod sit aliena, Emptor actionem habet ex vendito.*

   §. Si secundus, L. si cum venditor. 66. *exposita*, ibid.
3. *Emptor non continuo lite mota, rem petitori debet restituere, sed vel denuntiare venditori, vel rem iudicio defendere, si apta habeat instrumenta.*

1 NON est hoc satis. † Iudicio avocari eam oportet. Quod nisi fit, quoquo modo res ablata fuerit, id emptori nocebit, non auctori. *L. non tamen* 24. *hic.* Sic enim, ut dixi, intelligetur per venditorem fieri, quo minus habere liceat, si necessitate iudicii cogente emptor rem amiserit. Proinde sive vi res adempta sit, sive casu perierit, ad venditorem is casus nihil pertinebit. *L. ult. C. de act. empt. L. Lucius*, 11. *si servus.* 21. *hic. L. si quis tibi, C. eod. tit.* Multoque minus si emptor voluntate sua nemine cogente rem amiserit: puta, si servum manumiserit; *L.* 25. *hic.* Si fundum emptum religiosum fieri passus sit; L. 51. §. *si quis locum*, *hic.* Si rem pro derelicto habuerit, quanvis hanc alienam esse probaturus fuerit. *L. ult. eod. tit.* Idemque de eo iudicandum est, qui compromiserit, et sententia arbitrii damnatus

tus rem restituerit: quippe qui ut id faceret, nulla necessitate cogeretur. *L. si dictum*, 56. §. *si compromisero*, *hic*. Meritoque his casibus adversus venditorem actio non est: quia *etsi* res aliena non esset, tamen eodem modo apud emptorem amitte-
2 retur. Sed *etsi* † res non voluntate emptoris ad dominum pervenerit sine iudicio ob id solum, quod aliena esset: actio ob evictionem non erit, nec stipulatio ob evictionem committetur. Verumtamen hoc casu emptor contra venditorem actionem habebit. Finge mulierem, quæ rem alienam emit, dum ei postea nubit, qui eius rei dominus erat, eam rem ignorantem illi dedisse. Maritus quidem suam rem iure suo tenebit, nec mulieri restituet. Sed cum ideo mulier eam amiserit, quia aliena erat: æquum est, illi ob eam rem actionem esse, cui nihil imputari potest, quod dum suam putat, in dotem dederit. *L. non tamen*, 24. *hic*. Idem in hac specie Papinianus respondit. *L. si cum venditor*, 66. §. *si secundus*, *hoc tit.* Secundus emptor venditorem, eundemque, qui prius ab alio venditore emerat, ad litem hominis dedit procuratorem. Hic procurator rem restituere iussus, ne ob evictionem emptori secundo teneretur, servum non restituere statuit: et quia non restituebat, condemnatus, litis æstimationem sufferre maluit. Hic si rem spectes, merx nec a secundo emptore, nec ab eo, qui egit, evicta est: ut dici possit hunc adversus venditorem suum actionem ob evictionem habere, utpote qui rem retinuerit soluta æstimatione. Sed nec ob id habiturus esse videtur, quod litis æstimatio illi abest, tametsi dici soleat, ei rem abesse videri, cui pretium abest. *L. Labeo et Sabinus. D. de verb. signif.* Nam pecuniam alieno nomine solvit, qui procurator in litem datus erat, non suo. Et sane ita se res habet, ut iuris subtilitate res evicta non esse intelligatur, nec emptor hoc casu actionem habeat propter evictionem. Sed quia damnum evictionis ad eum pertinet, qui mandati iudicio nihil a suo emptore recuperare potest, ait Papinianus non inutiliter ad percipiendam litis æstimationem agi posse ex vendito.

Secundum hæc † dicendum est, si lis de 3
re moveri cœperit, non continuo emptorem petitori rem restituere debere; sed exspectare, dum sententia iudicis damnatus rem restituat. Idque est, quod multis locis traditum legimus, quamvis aut res mortua sit post litem contestatam, aut ab emptore restitui alii debeat: necessariam tamen esse sententiam propter evictionem. L. *utique de re vind.* L. *atqui natura* §. *si cum me*, *de neg. gest.* Nec quisquam dicat iniquum esse prohiberi emptorem, ne bonam fidem agnoscat. Dominus enim in re sua quidvis pro suo arbitratu recte statuet: et qui in rerum alienarum administratione pro dominis habentur, bonam fidem agnoscere non prohibentur, si rebus manifestis vincantur; ut in tutore pupilli caussam agente constitutum est. Quin etiam hoc illis, ut faciant, uti pro officio, præceptum est. *L. quoties*, §. *sicut*, *de adm. tut.* Emptor qui de re aliena convenitur, cuius periculo res non agitur, sed venditoris, ad quem evictionis incommodum pertinere velit; minime vero, ut vult, de re statuere poterit, sed eam venditoris arbitrio permittere debebit. Alioqui iuste illi culpa obiicietur, quod rem non suam sine caussa non coactus restituerit. Quid ergo? Emptor litigabit, et cum rem habere deberet, lite non necessaria se implicare cogetur? Minime: sed venditori denuntiabit, ut se defendat: quod si facit, ipse omni molestia liberatur. Sin minus, licet illi, cum ea non haberet, quibus caussa instrueretur, nihil addentem pati se condemnari. Nam si rebus necessariis instructus est, nisi rem defendit: actionem adversus venditorem illum habere contra bonam fidem est.

CAP.



CAP. V.

Rem non solum iudicio, sed etiam iure auferri oportere tanquam alienam, aut pignori obligatam, ut sit evictioni locus.

SUMMARIA.

1. *Si res vendita sit, et tradita emptori, et tamen ea conditione sit, ut avocari possit; esse evictæ rei nomine actionem.*
2. *Quin etsi, facta plene accipientis iure civili re vendita, si tamen restitutorio aliquo iudicio avocari potest, est veluti evictæ rei utilis actio: quod illustratur exemplis.*
3. *Si emptoris culpa factum sit, quominus sibi rem habere liceat, nulla erit ei evictionis nomine actio.*
4. *Quot modis isto nomine culpa imputari queat emptori* et n. seq.
5. *Qui motam sibi litem non denuntiat auctori suo, evictione non utitur.*
Auctorem laudare quid sit ibid.
6. *Denuntiare debet præsenti non autem absenti; quis absens aut præsens.*
7. *Ea nihilominus conditione, si potest, vel nisi denuntiatio ei remissa fuerit* et num. 9.
8. *Præsenti quando denuntiatum videatur. Quid si pupillo sine tutoris auctoritate.*
10. *An scienti venditori denuntiare motam sibi litem debeat emptor, et quare.*
11. *Venditori emptor motam sibi litem denuntiare debet saltem ante condemnationem.*
12. *In re autem legata priusquam iudicium accipiatur; et quæ differentiæ ratio.*
13. *Emptor iniuria Iudicis victus non habet nomine evictionis actionem.*
14. *Quomodo per iniuriam seu sordes iudicis victum emptorem probare venditor debeat.*
15. *Quare non idem atque in emptore statuatur in fideiussore per iudicis iniuriam victo.*
16. *Adversus quos emptor licet culpa sua, aut iudicis iniuria victus evictionis nomine habeat actionem.*
17. *Summa rerum.*

1 NE hoc quidem satis, rem iudicio ab invito auferri: hoc † etiam restat, ut ob id evincatur, quod res aliena vendita fuerit, aut pignori obligata: denique quod iam tum in ea caussa fuerit, ut ob eam caussam emptori avocari posset, nec emptori habere liceret. *L. Herennius*, §. 1. *hoc tit.* Quare etsi quis rem suam vendidit, et tradidit emptori: tamen si perfecte rem non fecit accipientis, id est, ea conditione res fuit, ut aliquo modo avocari posset, ea ablata eo nomine, actio erit: puta, si statuliber venditus sit. *L. minor*, §. *qui statuliberum, hic.* Nam hunc interim heredis esse constat. *L. statuliberum, de statulib.*
2 Plus † dicimus: etsi, iure civili res perfecte accipientis facta est; si tamen restitutorio aliquo iudicio avocetur, actionem ob evictionem fore: non illam quidem directam, quia verum est, dominium aliquando fuisse emptoris; sed utilem, quia vi ipsa id actor assecutus sit impetrando restitutionem, ut res nunquam emptoris fuisse videretur. Fac igitur minorem, fundum vendidisse Titio, et Titium item Seio. Minorem, quod se in ea venditione circumventum diceret, adversus Seium, qui eum fundum possidebat, impetrasse cognitionem, et restitutum esse. Eidem adversus Titium venditorem utilis ob evictionem actio recte dabitur; tametsi iure civili is dominus effectum fuerit a Titio, qui et ipse a minore effectus erat. *L. minor*, 39. *hic.* Idem de eo emptore Papinianus respondit, in *L. si cum venditor*, §. 1. *hoc tit.* qui rem alienam sibi emptam per absentiam domini, qui Reipublicæ caussa aberat, usucepit, ac domino reverso eam ex restitutione prætoris reddere coactus est. Et e converso de eo, qui ipse cum Reipublicæ caussa abesset, rem emptam usucepit, quam postea domino victus restituit. Sciendum est enim, edicto prætoris; quo maiores restituuntur, provisum esse, ne cuiusquam iusta absentia vel ei prosit: qui abest, vel ei adversus cæteros noceat. Ita cautum est, ut sive per absentiam alterius rem eius usucepisset; sive illius rem alius: et ei, et adversus eum restitutio esset, quasi nec usucaptum foret, quod usucaptum est. L. 1. *ex quib. caus. maio.* In proposita autem specie, emptori, qui rem usuceperat, utilem actionem dat Papinianus evictionis nomine ideo, quia dominium revera emptori per usum quæsitum erat: quo facto desinit venditor emptori de evictione teneri. *L. qui alienam*, *hic.*

Sed quod diximus actionem ob evictionem tunc esse, cum res ob id evicta est, quod in ea caussa esset, ut avocari posset, id ita † temperandum est: si modo etiam 3
per emptorem factum non erit, quo minus eam habere ei liceret. Quid enim, si cum pos-

posset usucapere possidendo, possessionem
culpa amiserit, atque ita interrupta sit usu-
capio? In ea caussa erit, ut si postea vin-
catur de ea re, adversus venditorem eo no-
mine agere non possit. *L. si dictum*, §. *si
cum posset*, *hoc tit.* Ex his efficitur, ut
quæcumque alia caussa fuerit, propter quam
emptor vinceretur, quam quod malam caus-
sam haberet: id est, quam quod rei ha-
bendæ ac retinendæ caussam a venditore
nullam haberet: venditor illi eo nomine non
teneatur. Caussa aut in ipso esse potest,
dum eius culpa et vitio factum est, ut con-
demnaretur: aut in iudice, qui in bona
caussa contra ius per imperitiam, vel erro-
rem, vel sordes iudicavit. Quare recte ita
definiemus, quod et quibusdam rescriptis
expressum est: ut *L. 1. C. de rer. permu.*
sive culpa sua emptor, sive iniuria iudicis
victus sit, actionem eum ob evictionem non
4 habere. Culpa † autem varie emptori impu-
tari potest. Primum hoc culpæ eius assignan-
dum est, si ex possessore petitor sua cul-
pa factus, victus sit in ea re, quam si
possideret, retinere potuerit adversus eum,
qui controversiam faciebat, nec dominus
erat; petere autem utiliter non potuerit,
quia facile probare non posset, rem fuisse
eius, qui vendidit. *L. si rem*, 29. §. 1.
hic. Item si cum venditor admoneret em-
ptorem, ut faciliore iudicio ageret, puta
Publiciana, aut ea actione, quæ de fundo
vectigali proposita est: emptor id facere su-
persederit, et ideo victus sit. *L. si cum ven-
ditor*, 66. *hic.* Quid, si ideo contra eum iu-
dicatum est, quia iudicio non adfuit? Ab-
sentiæ hoc eius non male adscribendum est,
quod victus est: ideo adversus venditorem
actionem non habebit ob evictionem. *L. si
ideo*, 55. *hic. L. emptor*, *C. eo. tit.* Quid,
si præsens dum caussam agit, ea exceptio-
ne summotus est, quæ ipsius personæ obii-
ceretur, id est, cuius caussam ipsius factum
præbuisset. Finge cum possessore pactum
esse, ne eam rem peteret; iusiurandum ei
detulisse, ut iuraret rem suam esse, atque
illum iurasse; deinde cum res ab emptore
peteretur, eum exceptione pacti, aut iu-
risiurandi opposita condemnatum esse? An
non in eo culpam esse, cur victus sit, et
ob eam caussam ipsi factum suum nocere
æquum esse dicemus? *L. hoc iure*, 27. *cum
L. seq. L. Herennius*, *in fi. hic.*

Inprimis vero ab emptore hoc exigitur,
ut cum de re distracta a domino conve-
nitur, venditori denuntiet, ut ad agen-
dam caussam adsit. Sic enim ille admoni-
tus caussæ agendæ, et instruendæ adesse
potest, et rebus necessariis ad sui iuris
probationem allatis efficere, ne emptor vin-
catur. Quod nisi fit, si victus est, de se
queri debet, non de venditore. Quamob-
rem sic de hac re ius constitutum est, ut
si per emptorem † stet, quo minus præ- 5
senti venditori denuntiet litem sibi move-
ri, et ad defendendum adesse iubeat, a-
ctio de evictione ei non detur. L. *si ideo*,
in fin. hic. L. emptor, *L. si controversia*,
L. si cum quæstio, *L. si parentes*, *C.
eod. tit.* Hoc autem veteres auctorem lau-
dare dixerunt. *L. Herennius*, *hic L. au-
ctore. C. eod.* Auctorem enim appellamus
venditorem, et generaliter, quisquis est,
a quo rem ex venditione, donatione, per-
mutatione, aut alia qua iusta caussa nobis
traditam accepimus, qui nobis habendi sci-
licet, et possidendi caussam et initium de-
dit; denique qui cur rem haberemus, no-
bis auctor est. *L. apud Celsum*, §. *de au-
ctoris*, *et* §. *auctoris*, *de dol. mal. exc.*
Laudare vero, veteribus dictum est idem,
quod nominare et citare, ut testatur Agel-
lius *Lib.* 2. *noct. Att. Cap.* 6. et Macro-
bius *Lib.* 6. *Cap.* 7. Animadvertendum est
autem id † exigi, ut præsenti tantum de- 6
nuntietur. Absentem requirere nihil neces-
se est. *d. L. si ideo*, *in fin. hic.* Præsen-
tem accipimus eum, qui in continentibus
ædificiis est; quemadmodum absentem, qui
extra continentia urbis est. *L. absentem*,
de verb. sig. Sed etsi præsens sit venditor,
denuntiare ei debet emptor, † siquidem 7
potest. Si per eum non fiat, quominus ei
denuntietur, stipulatio committetur. Quid
enim, si curavit venditor, ne sibi denun-
tiari posset, aut venditore nihil faciente,
emptor cognoscere ubi esset, non potuit.
d. L. si ideo, *L. si dictum*, §. *si præ-
sente hoc tit.* Præsenti † denuntiatum vi- 8
debitur, sive ipsi venditori, qui de evictio-
ne promisit, sive eo præsente nec ignoran-
te, procuratori eius denuntiatum est. An
pupillo denuntiari posset, etiam sine tutoris
auctoritate, cum forte tutor abest, quæsi-
tum est. Et hoc quoque benignius receptum
esse Trebatius ait. *L. si dictum*, §. *si præ-
sente*, *et* §. *ult. hic.* Plane si emptori † 9
remissa sit pacto denuntiandi necessitas:
nihil oberit ex empto agendi, quod denun-
tiatio pro evictione interposita non erit. *L.
Herennius*, *hic.* Dubitari potest, an † 10
nihil obsit etiam ei non denuntiari, qui
litem moveri emptori non ignorat. Dici
enim solet, non esse certiorandos eos,
qui non ignorant, quia sit supervacuum.
L. 1. de act. empt. Sed in medio sunt
in-

innumera rescripta sub eodem titulo *C. L. emptor*, L. *si parentes*, *et alia multa*, quibus districte hoc edicitur, ut venditori denuntietur: alioqui fore, ut emptor actionem non habeat: ut dicendum sit, etiam scienti denuntiari oportere. Et merito. Nam si id agatur, ut is, qui ignorat, sit sciens ne decipiatur: tunc sane recte dicetur, supervacuum esse monere eum, qui sciat. At cum denuntiatio ideo exigitur, ut ipse emptor quid velit secum agi, quid a venditore sibi præstari, declaret, ut in hac re accidit: sine dubio et adversus eum, qui sciat litem moveri denuntiatio necessaria est. Alioqui qui scire potest venditor, an emptor velit caussam a se suscipi, nisi de eo appelletur? Non enim profecto in re aliena debuit esse curiosus. *L. doli*, *in fin. de novat.*

Cum venditori denuntiandum sit, quan-
11 do † denuntiari debeat, videamus. Utrum cum primum id facere potuit, et lis ei mota est, et denuntiare debuit, an aliquando ante sententiam id facere satis est? Et Pomponius in L. *si rem*, 29. §. ult. *quolibet tempore venditori denuntiari posse* ait, *ut de re agenda adsit*, *quia non præfiniatur certum tempus in ea re*, *dum tamen ne prope condemnationem id fiat.* Ne prope condemnationem venditori denuntietur, exigit, ut possit venditori admonito spatium esse ad eas res comparandas, quæ ad caussam agendam opus sunt. Et generaliter hoc exigendum est, ut tunc venditori denuntietur, cum illi adhuc integrum esse possit, rem agere. Cæterum si tunc denuntiabitur, cum angustiis iudicii districtus non poterit rei in tempore subvenire, emptoris culpa est, nec stipulatio de evictione committetur. Huc pertinet, quod Paulus in L. *si fundo*, 53. §. *ult. hoc. tit.* ita scribit: *si cum posset emptor auctori denuntiare*, *non denuntiasset*, *ideoque victus fuisset*, *quoniam parum instructus esset*: *hoc ipso videtur dolo fecisse*, *et ex stipulatu agere non potest.*
12 Labeo tamen auctor est, † si homine generaliter legato Stichus legatario ab herede solutus evictus sit, omnino sic habiturum legatarium ex testamento actionem adversus heredem re evicta, si ante denuntiarit heredi, quam iudicium acciperetur. Si aliter fecerit, ex testamento agenti ob statutam doli mali exceptionem. *L. qui concubinam*, 29. §. *pen. de leg.* 3. Sic exigere videtur, non ut quolibet tempore re integra venditori denuntietur, sed ut ante quam iudicium accipiatur. Sed hoc scripsit. Labeo de re legata, idest, ea, quæ ex lucrativa caussa tradita est. Bene autem, mea sententia, qui putant aliud in emptione onerosa caussa aliud in lucrativa iuris esse. Nam in venditione nihilominus emptoris res agitur, et incommodum propter pecuniam, quæ illi abest, quam ipsius venditoris. Proinde et caussam recte ipse agere potest: et venditori, ad quam ea res pertinet, satis esse debet, si tempus habeat, intra quod ipse ad suam cautionem defensiones suas, si quas habet, aut instrumenta afferat. Nam hoc si fit, nihil est quod de emptore, qui interim caussam suam egit, queri posse videatur. At vero re legata, cum solius heredis in evictione periculum agatur legatarii nullum, quamvis sua culpa vincatur: æquum est, ut aliam rem pro ea, quæ evicta est, heres præstare cogatur, rem totam illius arbitrio a principio permitti, ut totius rei actio illius sit, cuius et periculum est.

Ut si culpa sua emptor vincatur, actionem ob evictionem non habet: ita † nec 13
si iniuria iudicis victus fuerit habiturus est. Siquidem iniuria iudicis hoc maxime declarat, emptorem bonam caussam habuisse, qui contra ius condemnatus sit: veluti si præscriptione longi temporis tutus emptor, aut transactione, quam in eadem re aliquando cum petitore vel ipse, vel auctor eius interposuerat (nam emptorem tam suis, quam venditoris defensionibus uti posse certum est) *L. emptori*, *C. eod. tit.* eam in iudicio opposuerit: iudex autem cum harum exceptionum rationem in primis habere deberet, nullam habuerit. Nec referre Ulpianus putat, utrum per errorem, et imprudentiam iudicis, ac stultitiam victus sit emptor, quo tempore tamen iudex facere iniuriam non cogitabat; an vero per sordes et avaritiam, cum pecunia corruptus iudex sciens prudens contra emptorem male iudicat. Omnino enim, inquit, *iniuria*, *quæ emptori fit*, *auctorem contingere non debet.* L. si per imprudentiam, 51. *hoc tit.* Quid ergo, quæret aliquis, † venditor, qui dicet 14
emptorem iniuria iudicis victum, eoque se non teneri: probare debebit imperitum fuisse iudicem, aut pecunia, vel gratia, vel odio corruptum? quarum rerum obscura sane, et periculi plena probatio est. Minime vero harum rerum probationem suscipere necesse est. Satis erit ex actis ostendere: cum exempli gratia, exceptio iusta opposita fuisset: vel id esset allatum, quod ad defensionem, vel iuris sui confirmationem satis esset, iudicem eius rei rationem nullam habuisse. Necesse est enim, qui id fe-

fecerit, intelligatur vel ob id fecisse, quia nesciret illa obiecta esse, nec instrumenta litis cognovisset, vel quia esset imperitus iuris, qui putaret exceptionem nihil ad rem pertinere: vel si sciret, quid in iure esset, aut pecunia corruptus, aut ambitione, aut alia quavis animi perturbatione incitatus contra ius iudicaverit. Aliquam autem caussam probari nihil necesse est, cum aliquam subesse oporteat; nihil autem referat, quænam ea sit, dum id constet, iudicem iniuste iudicavisse, et iniuriam emptori fecisse.

Sed cum statuamus, si per iniuriam iudicis emptor victus sit, hoc illi nocere, non venditori, quamvis caussam iniustæ condemnationis nullam dederit (nam quod iudex imperitus fuit, quod pecunia corruptus, quæ in emptoris culpa esse potest?)
15 oritur hoc loco † ex adverso quæstio, cur diversum in fidejussore condemnato probemus; de quo Paulus scribit, si is exceptione, quæ illi prodesse debebat, usus, injuria iudicis condemnatus sit; injuriam quidem, quæ illi facta est, apud eum manere debere, si ipse injustæ condemnationis caussam præbuerit. Enimvero si nullam præbuit, manere non debere, et nihilominus adversus debitorem regressum habere. *L. exceptione fidejus.* Sed in promptu differentiæ ratio est. Emptione namque et venditione contracta, incipit emptoris principaliter res agi, ad quem ut commodum omne rei: sic periculum, et casus omnis pertinet. *L. necessario. de peric. et com. rei vend.* §. *cum autem de empt. et vend.* cujus generis est hoc, quod a iudice nunc contigit. Fideiussor autem alienum negotium tantum gerit, non suum, idque officii caussa: neque porro debet illi officium suum, qua in re culpa eius absit, esse damnosum. L. *si servus.* §. *quod vero ad. de furt. L. sed si quis. quemad. test. aper.*

16 Non tamen per omnia verum † est, eum qui culpa sua, aut iniuria iudicis superatus est, actionem adversus venditorem non habere. Hoc enim receptum non est adversus eum venditorem, qui ipse rem evicit, et cæteros omnes: qui in ea caussa sunt, ut avocare rem ab emptore non debuerint. Quod quo facilius intelligatur, sciendum est quosdam esse, qui rem ab emptore vindicare non possint: hi sunt autem, quicunque re ab aliis evicta tenentur; quo in numero sunt venditor, venditoris heredes, et si qui sunt fideiussores evictionis. Hi enim sunt, qui habere licere emptori præstare debent. Improbe igitur faciant, si eum oppugnent, quem soli maxime tueri debuerunt, eoque fit etiam, ut si vindicent, exceptione doli mali summoveantur. *L. vindicantem*, 17. *L. Seia.* 73. *hic. L. sive possessio*, *L. exceptione*, *C. eod. titu.* quæ tituli sequentis prope una summa est. Verumtamen fingamus venditorem (quod de venditore dico, idem in cæteris intelligi volo) cum rem alienam vendidisset, dominio sibi postea quæsito, rem vindicasse ab emptore, aut eius heredes; emptorem aut exceptione doli omissa, aut cum opposita esset, per iniuriam iudicis victum rem restituisse. Quæstionis erit, an hoc casu actionem ex empto, vel ex duplæ stipulatione adversus venditorem exercere possit. Nam in hac caussa alterutrum illi obstat ex iis, quæ efficiunt, ut stipulatio evictionis cæteris emptoribus victis non committatur. Si exceptio doli ab illo opposita non est: per eum factum est, ut vinceretur, qui si exceptionem opposuisset, venditorem summoveret. Rursum si eam opposuit, ac victus est: iniuria illi a iudice facta est. Nam hac exceptione opposita, si vera esset, venditor audiri non debuit. Ita hac quoque de caussa regressum ad venditorem non habebit, quia iniuria illi facta est. Sed, ut dixi, non impedietur in hac caussa emptor his exceptionibus, quo minus venditor vel ex empto, vel ex duplæ stipulatione possit conveniri: *d. L. vindicantem*, *cum duab. LL. seq. hic.* optima ratione. Improbe enim causabitur venditor emptorem, aut negligentia sua aut iniuria iudicis victum fuisse, cum ipse aut emptor ita condemnaretur, perfecerit: ac per summam iniuriam id quidem, cum illum defendere deberet potius, quam ab illo rem avocare. Et recte definiemus, neminem ad retentionem alicuius rei audiendum esse, exceptione doli sui utentem, aut eius facti, quod se iniuria admisisse fateatur. Arg. *L. si servus plurium*, 50. §. 1. *de leg.* 1. Quare si exceptione culpæ emptoris, aut iniuriæ iudicis venditor utetur, exceptio hæc doli mali replicatione elidetur. In cæteris dominis, qui rem evicerint, hoc ius valebit: ut sive quid emptori imputari possit, cur victus sit, sive iniuriæ iudicis adscribi, ut intelligi posset ideo illum victum non esse, quod malam caussam haberet: evictio illi non præstetur.

Sed iam hic † locus de evictione nobis complectendus est. Sive igitur emptori nondum res abducta est: sive iam abducta est, non tamen ulla iudicii necessitate: sive iudicio est ablata, sed non eo, quod res aliena esset; res evicta non 17

vi-

videbitur, ut eo nomine actio emptori esse possit, quod quærimus. Tunc evicta intelligetur, eoque nomine actio illi fuerit propter evictionem, cum iudicio victus ob id, quod rem per venditorem tenere non liceret, ea re cedere coactus est.

CAP. VI.

Parte rei evicta etiam actionem esse ob evictionem: quæ hic partes intelligendæ sint: et quatenus eo nomine actio.

SUMMARIA.

1. *Non modo evicta re tota, sed et parte rei regressum esse adversus venditorem.*
2. *Cur aliter in servo.*
3. *De singulis rebus ex hereditate vel peculio evictis nulla præstatur eo nomine actio et quare.*
4. *Evictis maioribus domus aut navis partibus præstatur eius nominis actio, sed non pro singulis cæmentis, aut tabulis datur actio; et quæ differentiæ ratio.*
5. *Si fundus aut ancilla una cum fructibus et ancillæ partu evincatur, præstatur evictio et quare.*
6. *Quod emptioni accessit, partem esse venditionis, præstarique de eo evictionem in simplum dumtaxat.*
7. *De usufructu atque usu, omnique iure rei evicto licet partem rei non efficiant, esse tamen eo nomine actionem, et quare.*
8. *Servitutis prædiorum nomine actio ob evictionem non præstatur, nisi fundus uti liber, vel* uti optimus maximusque esset, *traditus sit.*
9. *Cur diverso iure sunt personarum servitutes,* et num. 16.
10. *Contrariis occurritur* et num. 11.
12. *Res quæ universitatis nomine continentur, sive quæ ex distantibus corporibus constant, quod attinet ad evictionem, nullas habent partes.*
13. *Partis venditæ rei definitio.*
14. *Quid sit pars corporis eius quod uno spiritu continetur.*
15. *Quæ sint domus aut navis partes.*

HOc quæritur, an non solum re tota evicta regressus sit emptori adversus venditorem, sed etiam si pars tantum evincatur. Quod ipsum quoque ante constituendum videtur, quam quæ evictionis nomine
1 actio sit, consideremus. Hoc Ulpianus † ita definit in L. 1. hoc titulo: *Sive tota res, inquit, evincatur, sive pars, habet regressum emptor ad venditorem.* In quo dubitari non debet, quin cum ille generaliter definierit, id sentire intelligatur, regressum fore quavis actione, quæ nascatur propter evictionem, ut non tantum ex empto sit actio, sed etiam eo casu duplæ stipulatio committatur. Quod si cui dubium id est (nam fuerunt, qui in eius loci explicatione negarent) certo colligi potest ex his verbis Iuliani: *Vaccæ emptor, inquit, si vitulus, qui post emptionem natus est, evincatur, agere ex duplæ stipulatione non potest: quia nec ipsa, nec ususfructus eius evincitur.* L. vaccæ 43. *hoc titu.* Quibus verbis innuit, si ususfructus evincatur, nempe rei venditæ pars (totum enim non esse constat) ex duplæ stipulatione agi posse. Idem non minus aperte significat Ulpianus, in *L. stipulatio ista, §. si quis forte, de verb. obl.* cum ait, *stipulationem hanc, habere licere, tum committi, cum usufructus, aut usus evictus est. Neque enim videri habere licere ei, cui aliquid imminuitur ex iure suo.* Nam in hac re audiendi non sunt, qui dicunt illam stipulationen habere licere, esse eius, quod interest; stipulationem duplæ non esse. Quasi vero dupla non repromittatur hac conditione, si emptori habere non licebit, eademque conditione eveniente non committatur. Quod ex infinitis locis huius tituli sciri potest. *L.* 21. §. 1. *L.* 25. *L.* 34. §. 1. *L.* 57. *hic.* Quare si verum est, ei habere rem non licere, cui totam habere non licet: consequitur, ut parte quoque evicta duplæ stipulatio committatur. Sed hoc † in homine vendito locum non ha- 2
bet: ut intelligere debuerint hi, qui contra sentiunt, cum hoc in homine excipiatur, in cæteris rebus caussam diversam esse, Paulus; in *stipulatione, inquit, duplæ, cum homo venditor, partis adiectio necessaria est: quia non potest videri homo evictus, cum pars eius evicta est.* L. si dictum. 56. §. *in stipulatione, hic.* Si de cæteris omnibus rebus idem ius esset, satis erat dicere, in stipulatione duplæ partis adiectio necessaria est. Nunc autem nominatim adiecit, cum homo venditur. Cur ergo in homine secus, quam in aliis rebus, iis præsertim, quæ uno spiritu continentur, ut cetæris omnibus animantibus,

quæ

quæ nihilo secius, quam homo sine interitu corporis dividi non possunt? Et recte, meo iudicio, Bartolus reddidit huius rei rationem, in ea *L.* 1. Est enim in servo nobis cum alio communi, quod per eum in totum nobis acquiratur *sic*, quasi totus noster sit: ut his *quidem* casibus non recte dicatur, ne pars *quidem* evicta: certe perinde habeatur, *quasi* nec evicta sit. Acquirit enim nobis *in solidum*, si ex re nostra, si nostro *iussu* aliquid acquisierit: si eo animo, ut *solis* nobis acquireret. *L. servus communis, de stipul. serv.* Quod similiter in cæteris rebus dici non potest.

Hoc posito non solum re tota, sed etiam parte evicta regressum esse ad venditorem: quæ res vendita sit, et in re vendita quid partem efficiat, cognoscendum est. Hinc illæ quæstiones, an hereditate vendita, si quid ex his rebus, quæ ex bonis erant, evictum sit, venditor conveniri possit. Quæ quæstio in eo est, an id fuerit ex hereditate. Item an nave, aut domo empta, singulis cæmentis, vel tabulis evictis, evictionis nomine obligetur venditor, scilicet quasi evicta parte. Num idem dicendum sit, re vendita ac deinde evicto partu, aut fructu eius rei. An idem de eo, quod in venditione accessit, quasi pars sit quoque venditionis. Postremo an usufructu et iure rei evicto, hæc quoque in parte rei venditæ numerare debeamus. De quibus singulis responsa exstant sub hoc titulo ad superiorem illam definitionem pertinentia. De his breviter dicendum est.
3 Si † hæreditas vendita sit, et aliquid quod hereditarium putetur, evictum fuerit: evictio emptori non præstabitur. Nam neque id hereditarium erat, quod alienum esse apparuit. Nisi vero emptor fortasse probare velit, rem fuisse hereditariam. In quo nihil aliud dicere intelligetur, nisi sibi a iudice iniuriam esse factam. Quam ob caussam etiam actio non dabitur. *L.* 1. *C. eod tit.* Idem in peculio vendito dicemus, si quid postea evictum sit, quod ex eo peculio putaretur. Idem in omni alia universitate, quæ distracta sit. *L.* 4. *hoc tit.*

4 Nave † autem aut domo empta, singula cæmenta, aut tabulæ emptæ non intelliguntur *L. nave*, *hic.* Neque enim cæmenta ædium pars sunt, nec singulæ tabulæ pars navis, ut eleganter alibi Iabolenus disputat. *L. eum qui ædes, de usuc.* Non quod cæmentis non constent ædes tanquam materia: sed aliæ sunt partes materiales, aliæ quas integrales vulgo dicimus, totius iam corporis constituti partes. Materia singularum domus partium pars est: domus totius, quatenus domus est, pars non est. Fundamentum autem, parietes, tectum, hæ veræ et solæ domus sunt partes: quæ integrales dicuntur, quia integri corporis, etiam constituti partes sunt, aut eiusmodi quæ corpus integrum faciant, et constituant. Inde autem illius totius partes esse facile probari potest. Quod si totum suarum partium est totum, et partes totius partes: his partibus inter se connexis, et coniunctis, necesse est totum illud exsistere suo nomine, quod si iam constitutum esset, easdem illas haberet necessario. Fundamentum enim loca, adde parietes, tectum impone: ædes effeceris. Cum si singula cæmenta, quæcunque sunt in aliquo loco, si calcem et arenam in unum locum congesseris, ac coagmentaris: non tamen efficiatur domus, sed pyramis, aut moles, et congeries aliqua lapidum. Ex quo intelligitur, hæc per se singula domus, quatenus domus est, partes non esse. Sic in nave, singulæ tabulæ navis quatenus navis est, partes non sunt, quia possunt coniunctæ inter se aliud totum efficere. At illæ sunt, quæ coniunctæ integram efficiunt navem, prora, puppis, sentina, antennæ, malus, vela, gubernacula, quæ constituta nave vere dicuntur navis partes: quia non quatenus ligna sunt, aut lintea, pars sunt navis; sed quatenus eum usum præbent, ad quem navis reperta est. Proinde his evictis, sicut et in domo partibus maioribus, ex quibus domus constat, actio evictionis nomine dabitur, tanquam parte evicta. *L. Scapham*, *hic. L. eum qui ædes*, *de usucap.* Singulis cæmentis, aut tabulis evictis, non dabitur. *d. L. nave.*

De partu ancillæ, pecorum fœtu, et generaliter de fructu venditæ rei facile iudicium est, non esse hæc rei venditæ partem, cum hæc ab ea re, quæ vendita est, separata sint. Quæ si pars essent, fieri non posset, quin eodem corpore continerentur. *L. si prægnans*, *L. vaccæ*, *seq. hic.* Unde de fructibus perceptis, et partu edito loqui nos apparet. Nam fœtus quandiu visceribus continetur, pars viscerum matris dicitur, *L.* 1. §. 1. *de vent. in spic.* et fructus pendentes pars fundi. *L. fructus de rei vend.* 5
Plane † si fundus evincatur, et una cum fundo fructus, aut ancilla, et una cum ea ancillæ partus, earum quoque rerum evictio præstabitur: *L. venditor*, 8. *L. evicta.* 16. *hic*, non quia venditæ rei pars sint, sed quod re evicta, id quod interest rem evictam non esse, præstandum est: quod id continetur, quod emptor si res evicta non

es-

esset, habere et lucrari potuisset. De iis, quæ nominatim emptioni accesserunt, re-
6 gula veterum † tenenda est, quod emptioni accessit, venditionis partem esse. *L. quod si nolit*, §. *ult. cum L. seq. de ædili. edict.* Proinde eo evicto erit ob evictionem actio non ex stipulatione duplæ in duplum, sed in simplum tantum, idest, id quod interest, si agetur ex empto: aut simplum id, quanto propter eam rem res principalis pluris vendita est, si ex stipulatione duplæ aut simplæ agatur. *d. L.* 16. *hic. L. ex empto*, §. *si quis rem*, *de act. empt.* De usufructu, omnique iure rei videndum est. Et quidem
7 † usumfructum non esse eiusdem corporis partem constat, cum ipsum per se incorporale sit, res vero vendita corporalis. Sed tamen hoc evicto actionem placet ob evictionem competere, ac proinde cum is petitur, venditori denuntiari debere, ut ad defendendum adsit, non aliter, quam ei, a quo pars petitur. *L. fundum.* 46. *L. vaccæ.* 43. *L. si ab emptore.* 49. *hic.* Idemque de usu, omnique alio simili iure. Ulpianus probat. Verum enim esse, ei rem habere non licere, cui aliquid imminuitur ex iure suo. *L. stipulatio ista*, §. *si quis forte*, *de verb. obl.* Quid ergo, hæc repugnante natura partem rei esse dicimus? Minime. Sed ut partem rei non esse constat, ita iuris rei, et emolumenti partem continere certum est. Inde fit, ut res ei data non videatur, neque ita tradita, ut eam habere liceat cui ususfructus non datur *L. Mævius*, §. *ult. L. cum filius*, §. *dominus*, *de legat.* 2. *L.* 4. *de usufru.* Et sane dominium non in eo tantum est, ut rem persequi et tenere liceat: huius multo maxima vis et pars in eo est, ut liceat re frui: quod si absit, nihil sane admodum expediat rem habere. Iam vero venditor cum rem vendit, non tenetur in id quidem, ut dominium transferat: *L. ex empto*, *de action. emption.* Sed tamen id præstare debet, ut rem pro domino habere liceat, ut ad plenam dominii utilitatem nihil desit: unde et evictionem præstat. *L.* 2. §. *ult. cum L. seq. de action. emption.* Quo fit, ut cum ususfructus evincetur, eius emolumenti pars evinci intelligatur, quod venditum est; certe quod ex emptione tradi debuit: et quod ad rem pertinet, rem ei habere non liceat, ut Ulpianus scribit, cui in totum habere non detur.

Sed hæc de servitutibus personarum ita
8 sunt. *Quod ad † servitutes prædiorum attinet, si tacite secutæ sint, et vindicentur ab alio, Q. Mutius, et Sabinus existimant, venditorem ob evictionem non teneri. Neque enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure, quod tacite soleat accedere. L. pen. hic.* Quorum verborum hic est sensus; evictionis nomine quemquam non teneri in eo iure, cum quo rem liceat tradere venditori sine periculo, si nihil aliud dictum sit. Id autem in servitute licere. Nam si fundum tibi vendiderim, neque dictum sit, liberum fore, aut *uti optimus, maximusque est*, traditus fuerit: non necesse est liberum tradere, sed qualis est, talem præstare oportet, ut iidem auctores sunt. *d. L. pen. hic. L. cum venderes*, *de contrah. empt.* Est igitur de evictione eius iuris hæc illorum ratio: Si dictum non est, fundum liberum fore, liberum tradere non necesse est: ergo nec libertatis imminutione evicta venditor tenebitur. Ideo enim ob evictionem rei venditæ tenetur venditor quia eam a principio tradere debuit. Quæ igitur inter † hæc differentia est? Nam prædio- 9
rum iura servitutes sunt, æque atque ususfructus, usus, et habitatio. Hæc vero differentia est. Cuius enim ædes vicino prædio servitutem debent, ei de iure dominii nihil imminuitur, neque ad persecutionem, neque ad utendi fruendi facultatem. Neque enim quidquam vicinus, qui servitute utitur, de re aut fructu ad se avocat, quod nomine fundi servientis habere non liceat. Nec si ille ire agere licet, id minus domino licet facere. Quod in usufructu, et usu, et habitatione secus fit. Sic enim fructuarius utitur, ut id emolumentum quod ad se transfert, domino auferatur. Unde evenit, ut hoc modo rem ei habere pleno iure non liceat.

Sed suprascriptæ sententiæ de prædiorum servitutibus † quædam opponuntur. Nega- 10
mus ob evictionem servitutis venditorem teneri? Ulpianus in *L. stipulatio ista*, §. *si quis forte*, *de verb. obl.* non de usufructu tantum et usu, sed de omni reliquo iure eius, quod distractum est, ita scribit: *Si quis forte non de proprietate, sed de possessione controversiam fecerit, vel de usufructu, vel de usu, vel de quo alio iure eius, quod distractum est: palam est committi stipulationem: habere enim non licet ei, cui aliquid imminuitur ex iure, quod habuit.* Atqui ius esse eius, quod distractum est, servitutem prædii, negari non potest. Iam cum fundus venditur, nisi *uti optimus maximusque est*, traditus sit, non necesse esse liberum tradere dicimus. Ulpianus contra in *L. quoties* 61. *de ædil. edict.* ita scribit: *Quoties de servitute agitur* (*agitur* autem, sic accipe, adversus venditorem

rem ob evictam servitutem, ut sequentia declarant) *victus tantum debet præstare, quanti minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam.* Sed ad id, quod de omni iure rei distractæ Ulpianus scribit, sic recte videtur responderi posse dupliciter. Primum hoc modo. Quod ait, stipulationem *habere licere*, committi, si quis de usufructu, aut de quo alio iure eius, quod distractum est, controversiam fecerit: de quo alio iure rem habendi scilicet intelligendum est. De proprietate enim et possessione, et usufructu, et usu dixerat, quibus omnibus fit, ut res habeatur. Ita quod de alio iure subiicit, de iure simplici accipiendum est, per quod res habeatur. Non sunt autem servitutes huiusmodi, ut si in re insint, eo minus rem habere liceat, ut ante ostendi. Potest et hoc modo accipi: ut sit de quo alio iure, nempe quod emptor in re vendita habere debeat, et venditor tradere. Ait enim Ulpianus rationem postea reddens, *habere non licere ei, cui aliquid imminuitur ex iure, quod habuit.* Recte, *quod habuit.* At profecto si quod eiusmodi est, quod venditor tradere non debuerit, si non tradiderit, nihil videtur emptori imminutum ex eo iure, quod habuit, nec habere debuit. Huius autem generis est libertas fundi, quam tradere venditor non debet, si liber non fuit: neque ita traditus est, *uti optimus, maxi-*
11 *musque est.* De actione † quanto minoris quod scribit, ita accipiendum est. Servitute evicta condemnari venditorem ait, *quanto minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam.* Sed addit, condemnationem hanc fieri, cum *de servitute agitur.* At sciendum est iure duobus tantum casibus de servitute evicta agi, ut recte Franciscus Duarenus noster ad priorem illum Ulpiani locum sub titulo *de verb. obligat.* annotavit, quod alios fefellit. Uno, si venditor servitutem prædio impositam scivit, et emptorem celavit, quo casu in id quod interest, venditor emptori tenetur. *L. 1. de act. empt.* Altero, si fundum liberum esse dixerit, et ita *uti optimus, maximusque est*, tradiderit. *L. pen. hic.* Ubi dumtaxat in id quanto minoris emptor emisset, agitur, idque ex illis verbis edicti ædilicii: *Quod si mancipium adversus ea venierit, sive adversus quam dictum promissumve fuit, cum veniret, fuerit.* Quo solum edicto hæc actio constituta est ex iis caussis, quæ illo edicto comprehensæ sunt. Alia iure civili nulla est, ut sub eo titulo ostendimus. Ex eo autem una hæc caussa est, cur agi possit: si quid dictum est, fundum liberum traditum iri, et contra factum est. Si igitur de eo nihil ab ignorante dictum est, relinquitur nullam esse caussam, propter quam agi debeat. Nisi forte quis putat fundum, qui servitutem debet, morbosum aut vitiosum dici posse, quod ridiculum est. At enim si ob id venditor, quod servitutem celavit, cum sciret, in id quod interest, condemnatur, cur ita Ulpianus definit: quoties de servitute agitur, victum tantum præstare debere, quanto minoris emptor emisset, cum ultra interdum damnetur? Et recte defendetur, eum qui dicat venditorem quoties de servitute agitur, semper præstare debere, quanto minoris res empta esset, non negare, quin aliquid amplius præstetur. Illud enim semper præstabit, hoc interdum. Sed ad rem.

Servitutes prædiorum si evincantur ab emptore: hic adversus venditorem, qui emptorem non deceperit, nec de servitute affirmarit, regressum non habet: quia nec rei venditæ, nec emolumenti partem continent. Possumusne igitur, quid sit pars definire? Sic videmur. Primum † constat, 12
quod rei venditæ non cohæret, id eius rei partem non esse, etiamsi aut inde natum sit, aut ad eam rem pertineat. Itaque scapham non esse navis partem, veteres responderunt, quæ per se parva navis esset, nec quidquam coniunctum cum nave haberet. *L. scapham, hic.* Et partus, fructusque ex re editos in eadem caussa esse diximus. Ex quo et de iis corporibus, quæ ex rebus distantibus constant, ut grege, facile iudicari potest. Nam cum grex venditur, uno nomine collectim singula corpora vendi intelliguntur, quæ sunt gregis: cum quibus nihil coniunctum habent cætera, si quæ sunt, quæ, cum aliena essent, sub eo tamen grege habebantur. Unde fit, ut si evincantur, nihil de grege evinci intelligatur. Idemque de hereditate vendita, aut peculio, omnique alia universitate iudicandum est. Rem igitur † coniunctam et cohærentem esse o- 13
portet, denique eiusmodi, ex qua res vendita constat. Nondum tamen satis. Nam præter illud genus corporum, quæ ex pluribus rebus inter se distantibus constant; etiam alia duo sunt genera, de quibus Pomponius agit in *L. rerum, de usucap.* Unum † eiusmodi, quod continetur uno 14
spiritu, ut homo, bos, lignum, lapis. Alterum, quod ex pluribus rebus inter se cohærentibus constat, ut ædificium, navis, armarium: in quibus res coniunctæ inter se

se et cohærentes sunt. De iis quidem, quæ uno spiritu continentur, recte definiemus: quidquid eius corporis est; quidquid, ex quo id corpus constat, id illius corporis partem esse. Quæ autem ex diversis rebus inter se cohærentibus constant: in iis non statim ex quo ea corpora coagmentata sunt, id eorum corporum partem facit. Nam neque cæmenta, aut lapides pars sunt domus, neque tabulæ pars navis. Quid ergo
15 est? Illæ † partes horum corporum dicendæ sunt, ex quibus coniunctis efficitur, ut illa exsistant, atque ita nominentur. Exempli gratia, Partes domus sunt, quæ coniunctæ faciunt, ut id totum, quod inde exsistit, domus appelletur. Navis eodem modo. Itaque his evictis, ut parte evicta, emptor ad venditorem regressum habebit. Sed est in re vendita, quod præter rem tradi debeat. Idest ius rem pro domino habendi, tenendique. Huius † iuris pars si 16
quæ evincatur, necesse est etiam ob eam caussam actionem esse de evictione adversus venditorem. In hoc numero proprietas habetur, possessio, ususfructus, usus et habitatio, quæ emolumentum rei continent.

CAP. VII.

Quæ actiones sint evictionis nomine et quid his contineatur.

SUMMARIA.

1. *Actio evictionis nomine duplex et quæ.*
2. *Actio ex empto quid persequatur.*
3. *Nomine eius quod interest quid hæc actio amplectatur, non una specie explicatur.*
4. *Actio hæc Emptori competit.*
5. *Num et uxori ablato per hoc iudicium non sibi, sed marito fundo quem emptum dederat ei in dotem.*
6. *Num et patri evicta simili modo dote filiæ.*
7. *Qui emptam rem donavit alteri cui sit evicta, non potest evictionis nomine convenire venditorem; et quid ita.*
8. *Competit hæc actio adversus venditorem.*
9. *Quis vendidisse dicatur: hoc quale sit duplici proposita specie daclaratur.*
10. *Item competit adversus venditoris heredes.*
11. *Duplæ stipulatio quid commune habeat, quid proprium cum actione ex empto.*
12. *Dupli ratio ex pretio dicto æstimatur.*
13. *Evicta rei parte in quam pretium nullum dictum est, quando pro rei quantitate et modo, et quando pro rei bonitate aut vilitate fiat æstimatio.*
14. *Quo ex tempore ineunda æstimationis ratio in stipulatione duplæ.*
15. *Quid diversum obtineat in actione ex empto et* num. 2.
16. *Stipulatio dupli aut simpli, quotiescunque promissa est, peti iudicio poterit, et non alias.*
17. *Quod stipulationis dupli vel simpli commodum atque usus et* n. 22.
18. *Quæstio, eiusque duplex species proposita.*
19. *Superioris quæstionis hæc definitio: fundi parte evicta pro indiviso, nihil amplius evictionis nomine præstandum, quam quod evictum est ex eo quod fuerat antea venditum.*
20. L. ex mille 64. D. hoc. tit. *interpretatio, per tot.*
21. *Si totus fundus, quem flumen antea deminuerat, evincatur: fundi integri qualis in venditione fuerat evictio præstætur, et quæ hic* in toto *diversitatis ratio.*
23. *Fundi venditi et deinde aucti per alluvionem parte pro indiviso evicta, fundi tantum venditi non aucti præstatur evictio.*
24. *Quid si venditus fundus ex una parte deminutus, ex parte altera æqualiter auctus, evincatur item ex parte pro indiviso.*

QUoniam ergo quid esset evictio, et quibus rebus evictis actio adversus venditorem esset ob evictionem, expositum est: reliquum est, ut quæ eo nomine et in quantum actio sit, cognoscamus. Actio
1 † evictionis nomine duplex: una ex empto quæ sive quid de evictione promissum est, sive non est, semper iudicii potestate et natura continetur. *L. ex empto, de act. empt.* Altera est, ex stipulatione duplæ certi condictio, ubi stipulatio ea interposita est, aut simplæ, quibus in caussis eam tantum stipulari possumus; ut si stipulatio interposita est, liceat alterutra actione experiri. *L. si tibi, C. eod. tit. L.* 18. *et L. seq. hic.* Sed huic tantum, ut dixi, locus est, cum sti-

stipulatio nominatim interposita est. Illa tum maxime, cum nihil convenit. De qua prius
2 videamus. De hac † sic Paulus hoc tit. in L. evicta, 70. *Evicta re, ex empto actio non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit.* Ad id *quod interest*, sic accipe: quod interest, rem evictam non esse. *L. cum successores, C. eod. tit.* Unde ibidem sic Paulus infert: *ergo etsi minoris esse cœpit, damnum emptoris erit.* Recte. Nam si res minoris esse cœpit, ac deinde evicta est, dici non potest quidquam amplius propter evictionem abesse, quam quod supererat, et evictum est. Quod autem deminutum est, abest illud quidem; sed casu abest, non quia res postea evicta sit. Denique etsi evicta non esset, illud idem nihilominus emptori abesset. Nunc autem quod ante deminutum est, nec evincitur, venditor non præstat. Emptoris enim damnum est. Ita de eo, quod restat, non quanti venditum est, sed quanti ea res est, idest, quanti interest emptoris id evictum non esse, venditor tenetur.
3 Est autem † id quod interest emptoris, quod illi abest, quodque lucrari potuit. L. *si commissa, rem rat. hab.* Quibus verbis non pretium, ut dixi, continetur, sed quanti res valuit. Ac fieri potest, ut pluris fuerit, quam vendita est. Id autem haberet emptor, si res evicta non esset: ac proinde etiam hac actione præstabitur. *L. 1. de act. empt.* His verbis, etiam si quid præter rem habere potuit emptor, continebitur: veluti fructus rei, ancillæ partus, et si quid per servum acquiri potuit, cuius occasio acquirendi delata esset. *L. venditor, hic.* Hinc si duos servos quinis a te emerim, et eorum alter evincatur, nihil dubii fore Africanus respondit, quin recte ex empto eo nomine acturus sim, quamvis alter decem dignus sit. *L. si duos, hic.* Atqui, dixerit aliquis, nihil mihi abest, cum decem tantum impenderim, quæ nunc mihi restant, quamvis altero evicto. Sed, ut dixi, id quod nostra interest persequitur hæc actio, in quo non quid nobis absit, sed quid habere potuerimus, si res mansisset, æstimandum est. Quid, si post evictionem rei, quam dominus abduxit, venditor eandem rem post tempus offerat? Quo minus præstet, quod semel emptoris interfuit, non recte defendetur. *L. emptori, 67. hic.* Actionem enim illi semel quæsitam, nisi solvendo non potuit auferre. *L. ult. de pact. L. habere, 57. hic.*
4 Hanc † actionem emptori competere certum est, *L. ex empto, de act. empt.* nempe ei, a quo res iudicio evicta est. Quid ergo, si ab eo evicta non est; sed ab eo, in quem ipse post emptionem transtulerat? Quæ quæstio a Pomponio tractata est in † ea muliere, quæ fundum in 5
dotem dedit, quem emerat: deinde is a marito per iudicium ablatus est. *L. si pro re, 22. §. 1. hic.* Eadem agitata est a Paulo † in patre, qui fundum filiæ nomi- 6
ne in dotem dederat: qui deinde a marito evictus est. *L. pater, hic.* Et placet in utraque specie statim emptorem ob evictionem agere posse. Mulierem in priore, quod ea evictione desineret dotem habere, quam alioqui haberet. Patrem in posteriore, quia etsi re vera dos ipsius esse non tam dici possit, quam filiæ, præsertim ubi ea emancipata est: tamen ut esse interpretemur, paterna affectio inducit: qua efficitur, ut dotem habere videatur, quam filia habeat; et contra ea carere, cum filiæ adempta est, quod laboraturus sit pater ea adempta, ut aliam quærat filiæ. Ex quibus colligitur, re alii ablata, in quem ab emptore translata erat, sic emptori actionem ob evictionem competere, si etiam emptori ipsi evicta videbitur. Id ita fieri, si sic eam alienavit, ut nihilominus adhuc suam posset dicere. Quod accidit, cum res ab illo in dotem data est sic: ut dotem eam sibi posset vindicare, ut iis casibus, quos supra commemoravi. Quod si ita est: fit,
† ut si ita transtulit, ut sibi nihil iuris in 7
ea retineret, ea evicta non possit agere. Nisi forte is, a quo evicta est, regressum adversus ipsum habuerit, quia vendiderat, isque deinde ad venditorem regrediatur. Ita si fingas, emptorem rem emptam alicui donasse: deinde aliquis eam a donatario evincat, qui adversus donatorem regressum non habet; emptor venditorem ob evictionem conveniri non poterit. Huic enim nihil aufertur propter evictionem.

Adversus † venditorem autem hanc a- 8
ctionem esse constat: cum hoc enim contractum est. Unde non una † in specie 9
dubitatum est, quis vendidisse videretur. Quo in genere illa quæstio est apud Scævolam tractata, de qua in *L. quidam, 12. hic.* Quidam ex parte heres institutus universa prædia vendidit, et coheredes pretium acceperunt: evictis his, quæritur, an coheredes ex empto actione teneantur? Quæstio in eo est, an ipsi intelligantur vendidisse. Respondet Scævola, *si coheredes præsentes affuerunt, nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse.* Unde scilicet voluit intelligi, actio–

actione ex empto eos ob evictionem teneri. Nam id quæsitum erat, an hac actione, re evicta, tenerentur. Sed quod ait, *si coheredes affuerunt, nec dissenserunt, videri vendidisse*, non sic accipiendum est: quasi ad consensum coheredum probandum satis sit illos affuisse, cum res eorum venderentur, nec dissentisse. Placet enim, et recte, neminem, quia scit rem suam, aut ad se pertinentem vendi, aut alienari, et patitur, ideo alienationi consentire videri, cum sciat ius suum durare. *L. sicut.* §. *non videtur, quib. mo. pig. vel hyp. solvit.* Sed in specie proposita coheredes posuerat pretium accepisse. Quod cum constaret: respondit, si etiam præsentes affuissent, nec dissensissent: vendidisse videri: non quod affuerint tantum, sed quod pretium acceperint: quod nullo iure ex venditione habere potuerunt, nisi prius venditionem valere vellent. Eodem ex genere illa quæstio est, si pignora venierint per apparitores prætoris extra ordinem sententiam exsequentes: re evicta in quem actionem demus. Nam adversus apparitores nemo dicet: quippe qui munere tantum vendendi functi sunt, nihil autem suum hic vendiderunt, neque pretium ad illos ex ea venditione pervenit. *L. si pignora, hic.* Adversus debitorem qui pretio liberatus est, an dari debeat, ideo dubitatur, quia non vendidit, cum eo invito res distractæ sint. Sed constitutum est, adversus eum dari debere, cui solutio proficit. *L. si ob caussam, C. eod tit.* Nec immerito: ne si minus vendidisse existimatur, ipse tamen per occasionem eius divenditionis ex aliena iactura locupletior fiat, *arg. L. rescriptum*, §. 1. *de distr. pignor.* Unde fit, ut is non in id quod interest emptoris rem evictam non esse, sed de pretio dumtaxat quod ad eum pervenit, conveniri debeat. *L. si plus, antep.* §. 1. *hic.* In hoc genere et illud de facto tutoris quæsitum est, si impuberis nomine tutor vendiderit, evictione secuta, utrum in eum, cuius tutela gesta est, actio danda sit. *L. 4. hic.* Sed magis illius loci quæstio est, in quo quæritur in universum, quando ex facto tutoris pupillus conveniri possit, *sub titul. quand. ex fac. tut.* Non solum autem adversus venditorem hæc a-
10 ctio est, sed etiam † adversus heredes venditoris. *Nec mirum*, inquit Ulpianus, *ut evicto homine, de evictione teneatur heres, quamvis defunctus non similiter fuerit obstrictus: cum et aliis quibusdam casibus plenior adversus heredem vel heredi competat obligatio, quam competierat defuncto, ut cum servus post mortem emptoris heres institutus est, iussuque heredis emptoris adiit hereditatem. Nam actione ex empto*, inquit, *præstare debet hereditatem, quamvis defuncto in hoc tantum fuerit utilis ex empto actio, ut servus traderetur. L. si per imprudentiam*, 51. §. *non mirum, hic.*

De actione ex stipulatione duplæ videndum est. Ea est, ut dixi, certi condictio.
In hac † cætera cum actione ex empto com- 11
munia. Nam et emptori competit, re evicta, et adversus venditorem heredesve venditoris. Illud proprium, quod hæc quantitatem certam persequitur; illam incertam, nimirum quod interest, quod temporibus et personis, et locis, et negotiis varie mutari potest. Petit igitur duplum hæc actio.
Quid † dupletur, videamus: ipsane rei æ- 12
stimatio, quanti res valuit, an ipsum pretium, idest, quanti res vendita est. Et nimirum pretium ipsum duplatur, quandiu id certum est; non rei æstimatio et bonitas. Idque colligitur ex his Pauli verbis, quæ exstant *L. si fundo.* 53. hoc titulo: *Si fundo tradito*, inquit, *pars evincatur, si singula iugera venierint certo pretio: tunc non pro bonitate, sed quanti singula venierint, quæ evicta fuerunt, præstandum: etiam si ea quæ meliora fuerunt, evicta sint. Quod de parte dicit, multo magis de toto dicendum est, quod semper certo pretio emptum constat.* Itaque de toto evicto nulla dubitatio est. At cum pars
† evincitur, in quam pretium dictum non 13
est, nimirum hic exsistit dubitatio, quatenus partem evictam æstimemus, ut eatenus evictio præstetur. Et exstat Ulpiani in *L. 1. hoc titulo*, et Papiniani in *L. ex mille*, distinctio in hanc sententiam: ut si pars fundi pro indiviso evincatur, pro quantitate evictæ partis, et modo sit regressus. Si certus locus sit evictus, non pro modo, sed pro bonitate regionis regressum habeat emptor ad venditorem. Exempli caussa, quinta pars fundi evincitur pro indiviso. Pro eadem portione pretii, id est quinta, erit actio adversus venditorem, eiusque rei actio in duplum ex duplæ stipulatione. E diverso vineæ ducenta iugera, silvæ ceduæ, pratorum evicta sunt. Pro bonitate loci erit regressus. Si erit pretiosissimum, quod evictum est, quanti est, tanti æstimabitur, quamvis cætera, quæ relinquuntur, multo minoris sint. Si erit vilissimum, non pluris æstimabitur, quam quanti fuerit. Differentiæ illa ratio est, quod cum pro indiviso totius fundi pars evincitur, nihil potest di-

ci pretiosius, aut vilius cæteris partibus esse evictum, cum ea pars per omnia quæcumque aut vilia, aut pretiosa, aut mediocria sunt in eo fundo, æqualiter fusa sit. Id in parte certa, quæ a cæteris partibus, regionibus et locis distincta est, dici non potest. Sed cur in hac quoque parte modus et quantitas non computatur, ut sic pro modo et quantitate partis evictæ regressus sit potius, quam pro bonitate? Quia cum res sit cæteris multo pretiosior, quæ evincitur, quam cæteræ, quæ manent: absurdum est, non pluris eam, quam cæteras æstimari; aut cum erit vilissima, iniquum tanti æstimari, quanti, quæ in alia parte fundi pretiosissimæ relinquuntur. Hoc autem, ut dixi, ideo sic æstimatur, quia pretium aliud singularum partium constitutum non est. Quod si singula iugera venierint certo pretio: commutata ratione fit, ut iam non pro bonitate, sed quanti singula venierint, quæ evicta fuerunt, evictio præstetur. *d. L. si fundo, hic.* Illic enim cum de pretio nihil dictum est, ad coniecturas voluntatis recurrendum est. In re certa et æstimatione contrahentium nullus est coniecturæ locus. Arg. *L. continuus, §. cum ita, de verbor. oblig.*

Cum autem de bonitate æstimanda agetur ob id, quod pars certa evicta est, me-
14 minisse oportebit † bonitatis æstimationem faciendam, quæ fuisset venditionis tempore, non cum res evinceretur: aut si quid forte de eo, quod alluvione accessit, præstando convenisset, idque evinceretur: tempus, non quo evincitur, nec quo res vendita est (nam tum alluvio non erat) sed quo accessio facta est, inspiciendum. L. *bonitatis.* 13. *cum duabus LL. seq. hic.* Atque hæc ita, si de actione ex stipulatione agetur, qua duplum aut simplum evictionis nomi-
15 ne persequimur. Nam si † ex empto agatur, iam ante diximus, non qualis res fuerit, cum venderetur, esse spectandum; sed qualis tunc, cum evincitur, ut aut emptoris damnum sit, si deminuta sit, aut lucrum, si aucta fuerit. *L. evicta* 70., *hic.*

16 Ut † dupla peti poterit, quibus in caussis eam stipulati sumus; ita ex stipulatione simplæ in omnibus caussis, cum eam stipulati erimus, agi poterit. Nihilque inter hæc, nisi summa pecuniæ, quæ petitur, interest. Sed cum liceat ex empto agere, quæ actio non pretium tantum, sed id, quod interest, persequitur, quod multo plus interdum continet: nullum operæ pretium facere nos aliquis existimabit, si de stipulatione simplæ laborabimus, cum actionem ex empto habeamus. Hic si quis † erit, cui id videatur, ad- 17
monendus nobis est, etiam si ad duplam, addo ad simplam, stipulari non liceret; non parvam tamen utilitatem in eo esse, si quis hoc tantum stipulatus sit, rem sibi habere licere. Nam si fundus magna ex parte imminutus erit, aut deterior factus, isque deinde evincatur, si ex empto agatur; quod periit, non æstimabitur: idemque fiet in actione ex stipulatione, si pars eius fundi evicta fuerit. Quod si totus fundus evincatur, ex stipulatione si agetur iure, non imminuetur evictionis obligatio, ut Papinianus scripsit, de quo mox videbimus. Cætera igitur hucusque expedita, quæ sunt in actione duplæ, aut simplæ, tam toto, quam parte evicta; idque sive pars pro indiviso evicta sit; sive pro diviso.

Unum etiam restat, quod nobis explicandum est. Nam cum dixerimus, cum pars pro indiviso evicta est, evictionem pro modo partis evictæ ad rationem totius fundi, unde evicta est, præstandam esse: fieri autem possit ut minor fundus, aut maior post venditionem efficiatur, unde pars deinde pro indiviso evincitur: quæ-
stionis † est, sive deminuto postea fundo, 18
sive aucto alluvione, pars eius aut quinta, aut quarta evincatur: ecquid evictio præstanda videatur pro modo agri, qui nunc est, an pro eo, qui olim fuit. Maiorem enim aut minorem esse portionem necesse est, prout ex hoc aut illo modo evictam esse constituerimus. Finge ex mille iugeribus, quæ tradita fuerant, ducenta flumen abstulisse. Quartam deinde ex fundo, qui reliquus est, evictam esse: an hæc pars sic accipienda erit, quasi de octingentis, quæ nunc sunt, evicta sit, an quasi de mille, quæ fuerunt, cum fundus tradebatur? Finge e diverso mille iugeribus ducenta alia accessisse, deinde ex his quintam partem totius evictam esse. Censesne pro modo, qui nunc est, præstabitur evictio, an pro eo, qui fuit, cum fundus venditus est, quasi de mille tantum hæc quinta evicta sit? Est hæc quæstio subtiliter cum primis, et acute a Papiniano tractata sub hoc titulo, in eo responso, cuius initium est, *ex mille.* In quo ille diversis casibus imminutionis, et incrementi propositis, quid velit, complectitur. Difficilius tamen, quia brevius et subtilius. Id nos, quod lumen in primis desiderare videtur, et ad hanc quæstionem pertinet, breviter explicare conabimur.

Ad L.

Ad L. ex mille. De evictionibus.

CUM pars fundi pro indiviso evicta est, pro modo partis evictæ evictionem præstandam esse convenit. Utrum pro modo agri, qui nunc est, ut dixi, cum evincitur, an qui tunc fuit, cum venditus est, si forte vel casu imminutus, vel auctus
19 fuerit, quæritur. De hac quæstione † Papiniani in hoc responso sententia, ad quam eius exempla referri debeant, mihi esse hæc videtur. Aucto fundo, si quæ pars pro indiviso, puta tertia, quarta, quinta evincatur, nihil amplius præstandum, quam pro ea parte, quæ futura esset, si modus agri mansisset, qui venditus est. Solum enim rei venditæ, non accessionis periculum præstandum. Quod si fundus imminutus esset, e converso dicendum esse, evictionem non nisi pro modo fundi præstari debere, qui nunc esset, non qui olim fuit: non quod evictio præstanda non sit; sed quia quod periit, casu amissum esset, evictum non esset. Et hoc ita, si pars fundi evicta esset, non fundus totus. Fundum enim quamvis deminutum, eum fundum videri, qui venditus est. In summa autem id totum præstandum esse, quod evictum est, modo id venditum fuerit: si quid evictum non sit, quamvis sit amissum, non amplius præstandum, quam quod evictum est. Ait
20 Papinianus: † *Ex mille iugeribus traditis ducenta flumen abstulerat: si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplæ stipulatio pro parte quinta, non quarta præstabitur. Nam quod periit, damnum emptori, non venditori attulit.* Pro parte quinta, inquit, non quarta duplæ stipulatio præstabitur. Hoc quid sit, parum liquet. Si pro parte quinta octingentorum, quæ supererant, intelligit, absurdum est: si pro parte quinta mille iugerum, aut ineptum, aut alienum. Ducentis ablatis octingenta superfuerunt. Ex his postea ducenta evicta sunt, nempe octingentorum quarta pars. Cum quarta pars evicta sit ad ducenta, dicere evictionem ad quartam tantum partem præstari, idest, ad centum sexaginta, hoc vero non tam iniquum, quam absurdum videtur. Nam cur non id præstetur, quo evictum est, nulla ratio omnino afferri potest. Rursum si evictionem pro quinta parte mille iugerum præstandam dicimus, quia ducenta, quæ evicta sunt, mille iugerum quintam partem faciunt, non quartam: est hoc quidem æquum: et prorsus ita statui debuit. Sed videamus, ne hoc in proposito inepte dubitetur, an quarta pars potius mille iugerum, quam quinta præstetur, atque ita non conveniat hæc quæstio responso Papiniani, qui hoc præcipue quærendum putavit, utrum pro parte quarta evictio, an pro parte quinta præstaretur. Etenim cum ducenta mille iugerum quinta pars sint, nemo iuste dubitaret, cum quinta pars tantum evicta sit; quin quinta evictionis nomine, non quarta præstari deberet. Nam si quid evictionis præstandum est, id præstetur, quod evictum est. Amplius an præstandum sit, quid potest esse caussæ cur ambigatur? Quod si quis faceret, is potius ad regulas iuris notas remitteretur, quam responso Papiniani indigeret, et tali, in quo Papinianus ne novi aliquid dicere videretur, rationem in primis responsi sui sibi addendam putavit. Quid, si hæc sententia rationi Papiniani contraria est? Papinianus cur evictio pro parte præstanda sit, rationem reddidit: *quia quod periit, damnum emptori, non venditori attulit.* Ergo hoc vult, aliquid in hac specie emptori periisse. Si ducenta emptori evicta sunt, ducenta quoque præstari volumus: quod tandem in eo quod periit, emptoris damnum esse potest? De quibus breviter respondebimus: neque adeo explicatu difficilia sunt. Iam primum non esse hoc sic intelligendum, ut pro parte quinta octigentorum evictio præstetur, confectum puto. Ut enim emptori nihil amplius præstetur, certe quod evictum est, ut minimum præstari debet. Si ducenta evicta sint de octingentis, quæ supererant: etiam ducentorum nomine evictio præstabitur sine dubitatione, non centum sexaginta tantum. Itaque hoc etiam restat, ut pro quinta parte præstari, sic accipere debeamus, pro parte quinta mille iugerum, quæ vendita erant, non pro quarta: ut sit sensus, evictionem ducentorum præstari, quæ sunt quinta pars mille iugerum; ducentorum quinquaginta, quæ pars quarta sunt, non præstari. Quod autem contra disputatur, inepte hoc dubitari hoc casu, an pars quarta præstari debuerit; item ab hac sententia rationem Papiniani abhorrere: recte utrumque diceretur, si hunc, qui ducenta emisse proponitur, nihil amplius quam ducenta in eo fundo; qui mille iugerum fuit, habuisse sin-

fingeremus. Sed intelligendum est, eum partis quartæ totius fundi dominum fuisse, et in eo non ducenta tantum, sed ducenta quinquaginta habuisse. Ex quo ambigendi caussa, ut paulo post intelligetur. Verum hoc loco nobis occurritur. Quis enim concesserit, cum eum, de quo quæritur, ducenta evicisse proponamus, neque quidquam præterea addatur, non ducenta tantum, sed ducenta quinquaginta in fundo habuisse? hic vero plerique hærent. Nam hoc fingere et divinare tantum ea gratia, ut te expedias, non quod id in re esse Papinianus proponat: admitti non putant oportere. Recte, si hoc ita esse divinaremus; non ex verbis ipsis Papiniani facile intelligeretur, si quis modo attendat. Etenim si ducenta tantum in toto fundo, id autem esse, si quintam partem actor habuisset: ducentis iugeribus pro indiviso amissis pars quinta, quæ in illis ducentis eius fuisset, ipsi quia dominus esset, periisset. Ea est autem ad quadraginta. Et simul necesse esset in octingentis quæ supersunt, eandem portionem illius manere, quæ in toto fuerat, nempe quintam. Octingentorum autem quinta pars non ducenta sunt, sed centum sexaginta, quæ ille nunc tantum recte evinceret. Nunc cum Papinianus ponat ex octingentis, quæ supererant, ducenta esse evicta, idest, ex octingentis quartam partem: facile ostendit, eum, qui iure id fecerit, in mille quoque iugeribus quartam partem, idest, ducenta quinquaginta habuisse. Hinc ergo, ut dixi, ambigendi caussa, an pro ea parte, quam se actor in toto fundo habere docuisset, nempe quarta, evictio præstaretur; an potius pro ducentis, idest, quinta parte mille iugerum: quando hæc solum revera evicisset. At cur dubitaremus, dicet aliquis, an pro ducentis quinquaginta evictio præstaretur, cum ducenta tantum evicta sint? Quid enim ad rem pertinet, actorem ducenta quinquaginta habuisse, si ducenta dumtaxat evicit? Nihil sane, si de ducentis tantum egisset. Sed animadvertendum est, eum, qui de octingentis ducenta, idest, quartam octingentorum partem abstulerit, ut id faceret, necesse habuisse ostendere, quartam in toto fundo suam fuisse, idest, ducenta quinquaginta. Quod ni faceret: quomodo vinceret se in octingentis, quæ supersunt, quartam reliquam habere? Cum hoc ipse probaverit: eadem opera sententia iudicis declaratum est, et ducenta ipsum in his octigentis, et quinquaginta in illis ducentis quæ perierunt, habuisse: eaque ducenta in ea caussa fuisse, ut si exstarent, quinquaginta de his restitui deberent. Quod cum ita sit, idque adeo iudicio certum esse cœperit: etsi restituta non sunt, pro evictis tamen haberi debuerunt. Nunc hoc in hac re plane confirmare voluit Papinianus quamvis iudicio rem alienam esse constaret, eaque periisset; tamen nihil amplius, quam quod evictum esset iudicio, evictionis nomine præstari: si quid periisset casu, id damnum emptori, non venditori afferre oportere. Venditori autem damnum afferret, si tanquam eo evicto evictionis nomine teneretur. Ait Papinianus: *Si totus fundus, quem flumen deminuerat, evictus sit, iure non deminuetur evictionis obligatio: non magis, quam si incuria fundus, aut servus traditus deterior factus sit. Nam et ex contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta.* Ex mille iugeribus traditis, ducenta flumen abstulit, deinde ducenta pro indiviso evicta sunt. Sic evictio præstabitur, ut quod periit, damnum emptori afferat. Hoc Papinianus initio dixit. Id † se- 21
cus esse docet, si totus fundus postea evincatur, id est, tota octingenta iugera, non enim octingentorum tantum iugerum, quæ supererant, evictio præstabitur, sed mille iugerum, denique totius fundi, quia fundus evictus est. Atqui fundus nihil iam nisi octingentorum iugerum erat, amplius igitur præstari iniquum est. Recte Papinianus, et subtiliter huic obiectioni occurrit. Verum est fundum, ut nunc fuit, octingentorum tantum iugerum fuisse; sed is ipse fundus erat, qui venditus est: fundus enim quamvis deminutus, idem fundus est, qui fuerat: quemadmodum, inquit, si fundus, aut servus incuria deterior esset factus. Et sane hic observandum est, non actione ex empto, sed ex stipulatione duplæ agi. Si ex empto agatur in id quod interest: amplius quam quod fuit cum evictum est, consequi emptor non potest: quia nihil amplius illi abest propter evictionem, idest, nihil amplius eius interest. At cum ex stipulatione agitur, hoc solum spectatur, an exstiterit stipulationis conditio. *L. stipulatio ista*, §. *alteri*, *de verb. oblig.* Conditio hæc fuit, si fundum habere non licebit, duplam eo nomine dare spondes? Ea tunc exsistet, cum fundus totus evictus erit. Quod nunc accidit: fundus enim is, qui venditus erat, totus evictus est, non ex parte. Committetur igitur in solidum stipulatio. Nec ad rem pertinet, quod fundus diminutus fuit. Quantus enim sit, non quæritur. Hoc quæritur, ut dixi, an is sit,

sit, qui venditus est, et an is totus evictus fuerit. Argumento est certissimo, quod si servus venditus evincatur, quamvis deterior factus; nemo tamen dixit ideo deminui evictionis obligationem. Neque vero iuste postulaverit venditor, ut hoc casu deminuatur obligatio: quoniam si fundus auctus esset, et sic evinceretur, non præstaret idem, quanto melior factus est. Id significat illis verbis, *Nam et ex contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta.* Verum hic etiam ille scrupulus restat. Nam si parte evicta, quod periit: damnum emptori attulit, ut ipse ante scripsit: cur toto evicto hoc ius commutat, cum utrobique idem perierit? Quin potius igitur generaliter hoc definitur: quod periit, damnum emptori, non venditori attulisse, sive pars, sive fundus evincatur, cum detrimenti eadem ratio sit? Sed longe diversa in utroque ratio est. Nam cum fundus evincitur, nihil hic, nisi fundus evincitur. Recte igitur sic colligetur: fundus is evincitur, quem emptor habuit, et is quidem, qui venditus est: nimirum et eius fundi evictio præstabitur. Nec dici poterit, quod periit, damnum venditori, non emptori attulisse, contra supra scriptam Papiniani rationem: quia in hac evictione id solum spectamus, quod exstat, non quid particulatim deperierit: fundus enim totus evincitur. At cum pars evincitur, non potest nisi de eo modo, qui nunc superest, evinci: de eo quod periit, evinci emptori nihil potest, cum id iam non possideat emptor, nec dolo malo desierit possidere. Eo fit, ut si nihil aliud præstandum sit, quam quod evictum est, ea solum pars præstanda sit, quæ de octingentis, quæ supererant, evicta est: illorum autem ducentorum, quæ ante amissa sunt, nulla ratio habeatur, quia inde nihil evictum sit. At-
22 que hic illud † notandum est, quod antea monueram, quid referat vel simplum evictionis nomine stipulatum esse, aut simpliciter rem habere licere, ut maxime duplæ stipulatio nulla sit: cum si ex empto tantum agamus in id, quod nostra interest, si quid de fundo periit, damnum emptoris futurum sit: *L. evicta*, 16. *hic*, in actione ex stipulato non item. Quod iam sequitur in versiculo, *quod si modo terræ integro*, planum est. Mille iugeribus traditis integris ducenta per alluvionem accesserunt, ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta est. Totum fuit mille ducentorum iugerum: horum quinta pars est ducenta quadraginta iugera. De evictione quæritur, an pro totidem iugeribus evictio præstetur. Aut Papinianus † perin- 23
de partem quintam præstari, ac si de mille iugeribus, quæ tradita sunt, ea pars evicta esset. Ea autem esset ad ducenta iugera. Sic pro ducentis tantum, id est, pro modo, qui olim fuit, evictio præstabitur. Cur ergo eorum, quæ accesserunt, evictio nulla est? *Quia*, inquit, *alluvionis periculum non præstat venditor*, sed rei tantum venditæ. Et recte: hanc enim solum habere licere promisit. Deinde hanc † quæ- 24
stionem introducit: *Quæsitum est, si mille iugeribus traditis periissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset, et postea pro indiviso quinta pars evicta esset, pro qua parte auctor teneretur.* De hac quæstione priusquam Papiniani responsum subiicimus, animadvertendum puto, mistam esse ex superioribus quæstionem. Ex parte enim ducenta perierunt, ex parte alia ducenta accesserunt. Quod ad illa attinet, quæ perierunt, iam ex superioribus pro certo habendum est, illa emptori periisse. Itaque illis remotis, sic res haberi debet, quasi octingenta sola sint, quibus deinde ducenta accesserint. Ex his ducenta evicta sunt. De evictione quæritur, quid ex octingentis, quæ vendita sunt, deducatur: quod ex ducentis, quæ accesserunt, considerandum est. Et manifestum est, si separatim ducenta pro portione ex his detrahantur, ex octingentis venditis, centum sexaginta, nempe quintam partem decessuram: ex ducentis, quæ accreverunt, quadraginta, hoc est, quintam quoque partem ducentorum, quæ summæ coniunctæ ducenta efficiunt. Si de evictione iam quæratur, ex superiore exemplo iudicandum est. Scilicet centum sexaginta, quæ ex octingentis decesserunt, præstabuntur. Evicta sunt enim ex iis iugeribus, quæ tradita sunt. Quadraginta illa reliqua nequaquam præstabuntur, quia non de octingentis, sed pro portione ex ducentis illis, quæ alluvione accesserunt, detracta sunt. Alluvionis autem periculum non præstat venditor. Vide igitur, quid Papinianus respondeat: *Dixi* inquit, *consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille iugerum, neque quarta debeatur evictionis nomine: sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta.* Quid reliqua quadraginta, quæ desunt ad ducenda perficienda, unde deducuntur? *Reliqua quadraginta* inquit, *quæ de universo fundo decesserunt, pro rata novæ regionis esse* in-

intelligi? idest, de nova regione, quæ accessit, hæc quadraginta pro rata decesserunt. Horum autem, quæ accesserunt, iam diximus, periculum venditorem non præstare. Recte igitur, hoc dicit, quod respondet, superioribus esse consequens. Quod ait, ut neque pars quinta mille iugerum debeatur, id caussæ est, quia cum ducenta iugera periissent, ex iis, quæ supererant, non possit dici quintam de mille evictam esse. Quod subiicit, ut neque quarta debeatur, sic accipiendum est: neque pars quarta octingentorum: quarta autem octingentorum ad ducenta est. Et id rursum hanc rationem habet, quod quanquam ducenta evicta sunt, quæ si ad ducenta conferantur, quartam ducentorum efficiunt: non tamen tota ex octingentis, sed pro rata novæ portionis evicta intelligi debent.

HUGO-



HUGONIS DONELLI
JURISCONSULTI
COMMENT.
IN TITULUM DE USURIS etc.
ET SEQUENTEM DE NAUTICO FOENORE.

CAP. I.

De Usuris.

SUMMARIA.

47. *Vo-*

IN omni obligatione, omnique persecutione, in qua res aliqua petitur, non solum res ipsæ versantur, de quibus obligatio, aut actio constituta est: sed etiam ipsarum rerum accessiones quædam sunt, de quibus præstandis agitur. † Accessiones nunc vocamus, non tantum ea, quæ extrinsecus rei accedunt, ut quod per alluvionem accrescit, ut usumfructum, qui finitus proprietati adiungitur: sed etiam quæ ad rei ipsius, et corporis, de quo principaliter agitur, præstationem accedunt, etiam si ex re ipsa nascantur. Quo in genere hæc sunt, usura, fructus, ancillæ partus, et quæ caussæ appellatione significantur. De quibus in Pandectis Titulus est propositus, qui *De usuris* inscribitur. In quo præterea id accessit, ut de mora tractaretur: propterea quod istarum rerum præstatio ut plurimum ex mora nascitur. Sic igitur inscribitur, *De usuris, et fructibus, et caussis, et omnibus accessionibus, et mora.*

Earum rerum omnium usus, atque utilitas cum in omni actione, atque omni iudicio latissime pateat, soleatque his de rebus vel maxime dubitari, parum autem illa comperta habeantur, quæ de iis iure Civili prodita sunt: rem me non ingratam, non inutilem certe studiosis omnibus iuris facturum esse putavi, si quæ de iis mihi hactenus cognita, aut percepta essent, exponerem, et omnino siquid ad hæc cognoscenda operæ et studii afferre possem. Quod cum ita fieri commode posse existimarem, si non particulatim ista attingeremus, aut cum res esset late per omnes partes fusa; non in hoc tantum titulo explicando hæreremus: plus operæ suscepi, ut de toto genere earum rerum dicerem. Itaque collegi breviter, quæ ad eam rationem pertinere mihi videbantur, et in ordinem conieci, deque singulis, quantum quisque locus postulare videbatur, meam sententiam exposui: ut sperem rebus omnibus in unum locum conductis, et suis quasi regionibus descriptis, ac dispositis, cum alia ex aliis tanquam nascuntur et efficiuntur, quid in his quærendum sit, tum quæ sit de iis ipsis iuris ratio, multo melius et certius ab omnibus cognosci posse. Et quoniam sic titulus ille est, ut ista ad dicendum certo ordine proponantur, usuræ primum, ac deinde cætera: hunc quoque ordinem in his persequendis tenere certum est: itaque etiam de usuris primum disseremus.

Usura † sic videtur non male definiri, 2
ut sit accessio pecuniæ, quæ supra sortem, pro eius ipsius sortis usu exigitur a debitore: scilicet, ut cum pecuniam mihi debeas, sive mutuo tibi datam, sive ex alia quavis caussa creditam, si quid pecuniæ eo amplius mihi pendas tantum hoc nomine, quod illa pecunia uteris, quam mihi debes, necdum reddis, id *usura* recte nominetur: ipsa vero illa pecunia, quæ principaliter debetur, quo nomine accessio penditur, *sors* vocetur. *L. lecta, si cert. petat.* Ita dicitur *usura*, quasi *usus*, quia pro usu ipsius pecuniæ exigitur: quasi dicas *usus precium.* Ac proprie nihil aliud si-

significat usura, quam usum. Sic Cicero *usuram lucis*, *usuram vitæ*, *temporis usuram* dicit, istarum rerum omnium usum intelligens. Id etiam *fœnus* dicitur, quasi fœtus quidam pecuniæ. Unde *fœnus nauticum* vulgo appellatum, idem quod usura nautica. Quanquam fœnoris appellatione in pecunia mutua frequentius nescio quomodo utimur tum, cum pecunia a nobis proficiscitur, eaque solum in contractu versatur: quam fœnerare, et fœnerari brevius dicimur, cum fœnori, id est sub usuris eam collocamus.

In superiore definitione, quæ ad vim, et naturam usuræ pertineant, duo præcipue notanda sunt. Unum, quod usuram pecu-
3 niam esse dicimus, ut intelligatur, quod † sorti accedit, ita usuram esse, si in pecunia consistat: si quid convenerit, ut aliud pro usu pecuniæ debitæ præstetur creditori, id usuram non esse: quamvis respondeatur, quia in vicem, aut fraudem usurarum detur, in eadem caussa haberi oportere. *L. cum non frumentum*, *et L. seq. Cod. eod tit.* Ex quo quidem quid de ea conventione, quam nostri verbo Græco ἀντίχρησιν nominant, iudicandum sit, appa-
4 ret. Ea † est, cum mutuus prædii usus vice pecuniæ datur creditori. Itaque usuram non esse intelligit Papinianus in *L.* 1. §. 1. *de pign.* Sed idem tamen eius conventionis modum scribit pro modo in usuris constituto esse finiendum, quia in usuras percipiatur. *L. si is*, *qui de pign.* Quod similitudine usurarum non colligeret, si hæc usura esset, ac non potius in vicem usuræ fructus iste perciperetur.

Alterum illud est, quod definitione in-
5 telligi voluimus, † usuram accessionem esse, quæ pro usu pecuniæ debitæ supra sortem videlicet exigatur. Sic enim *sortem* pecuniam debitam vocamus. Ita usura non est, nisi tum, cum pecuniæ accedit. Scilicet cæterarum rerum fructum, pecuniæ usuram proprie dicimus. *L. usura*, *de verb. signif. L.* 3. §. *nonnunquam*, *hic*, ut quod in cæteris rebus fructus est, id in pecunia usura intelligatur. Quæ tamen cum tantum fructus afferat, quantum si ex corpore ipso perciperetur, afferret: recte dictum est ab
6 Ulpiano in L. *usuræ*, *hic*, † usuras vicem fructuum obtinere. Atque hic locus eo per-
7 tinet, ut † si aurum, vel argentum factum, vel quæ alia species debeatur ex iis caussis, in quibus alioqui ex mora usuræ præstantur: in iis usuras non deberi intelligamus, ut Papinianus ex hoc sensu respondit, auro, argentove facto legatis, nisi illæ res æstimatæ debeantur. *L.* 3. §. *ult.* Quod cum ita sit: quod quibusdam in locis usura pro veste, itemque fructuum usura nominatur, *L. pro auro*, *C. eod. L. neque*, *hic*, conveniet ita interpretari, ut vestem æstimatam datam accipiamus, aut fructus consumptos, quorum nomine æstimatio debeatur. Id enim usuræ ratio facit.

Et tamen quod de pecunia dixi, id † in 8
omnibus rebus mutuo datis eadem ratione accipi velim, ut in iis etiam additamenta usurarum, vel pecuniæ, vel eiusdem materiæ (quod propter incerti pretii rationem in his admissum est recipiantur. Quod sub hoc titulo in Codice duobus rescriptis declaratur. *L. oleo*, *et L. frumenti.* Et profecto in omnibus his rebus, in quibus mutuum consistit, eadem, quæ pecuniæ, ratio est: quia aut his omnino non utimur, aut, si utimur, restat, ut usu eodem modo consumantur.

Ea res effecit videlicet, ut † a veteribus 9
philosophis usuræ magna ex parte in pecunia mutua improbarentur, tanquam quæ contra naturam essent. Neque id iniuria. Usura enim pro usu pecuniæ creditæ exigitur sic, quasi ea pecunia semper utare: cuius tamen aut nullus est usus, quandiu non uteris: aut si usus es, fecisti utendo, ut sæpius ea pecunia uti non posses. Neque enim pecunia aut oleo, aut frumento uti potes, nisi consumas, idest, sic utaris, ut nihil ex ea re amplius apud te maneat. At enim pro eo usu saltem, qui aliquando fuit, aliquid te dare æquum est. Esto, id æquum sit fortassis. Nunc, cum pecunia tibi abest, quam nihilominus debes, quid est, quod interim pro eius usu abs te exigi debere videatur, cum ea non utare, ac ne uti quidem possis, quia abest? Quanquam ne pro eo quidem, quod usus es, aliquid exigi conveniebat, quia aliam pecuniam reddendo, quod te facere necesse est, non solum idem corpus, nec deterius reddis: sed etiam eundem illum usum, quem acceperas, in creditorem tuum transfers soluta pecunia. An non igitur iniquum sit, ut, cum præter pecuniam nihil accipias, aliquid ultra id, quod acceperis, reddas?
Quod † longe aliter fit in rebus locandis, 10
cum pro usu locatarum rerum merces penditur. Hæ res enim suum fructum habent, neque utendo consumuntur, sed ad fructum reddendum ipsæ sua sponte perstant, pro quo ipso pecunia exigitur. Et quanquam in his sic comparatum est: ut res ipsæ quoque finita locatione restituantur: usus tamen, his restitutis, apud debitorem sem-

per manet, nec ab illo restitui potest, ut sane in hoc genere naturalis commutatio rerum esse intelligatur. Idemque hic usus fieri non potest, quin absit creditori. Quorum nihil in pecunia numerata dici potest: cuius dominium sic in accipientem transfertur: ut postea eadem illa una cum usu suo restituatur.

11 Illud plane † concedendum est, si quid intersit creditoris, quod pecunia sua usus non est quam in alias res potuerit, et solitus sit iuste elocare, ut ex negociatione lucrum faceret; vel si quod aliud incommodum passus sit, dum aut in pœnam incidit, aut alias res cogitur carius emere, quia in tempore pecuniam non receperit, et si quæ similes caussæ incidere possunt: earum rerum omnium nomine non iniquum esse usuras exigi pro eo, quod interest. Quid, si venditor fundum suum tradiderit emptori, neque emptor pecuniam solvat? parumne æquum sit debitorem precii usuras solvere, cum ipse fructus fundi interim percipiat? Nihil æquius. Eademque cæterorum damnorum ratio est. Et generaliter definiendum est, cum creditori res sua abest, quam debitori tradidit, propter quam pecunia debetur, cuius rei interim debitor fructus capit æquissimum esse, debitorem eius pecuniæ, quam debet, usuras quoque solvere, quas cum iis fructibus quodammodo compenset, quos ipse habet, ne creditor iniuria afficiatur, si ipse interim nihil habeat, debitor autem ea re interim, et pecunia fruatur. In quibus omnibus usura vicem habet eius, quod interest. Quam ad sententiam hæc capita iuris pertinent. *L. illud, de Ædil. edicto. L. Iulianus*, §. *ex vendito, de act. empti. L. liberalitatibus*, §. 1. *hic. L. facta*, §. *rescripto, ad Treb. L. cum post*, §. *domum, de iure doti. L. Pater, de dol. mal. except.*

12 Sed nihilominus † iure Romano ipsa per se usura omnis admissa est sine alia eius, quod creditoris interest, probatione, (*) *maiore, ut videtur, Reip. bono*, ut homines, qui pecunia indigerent, facilius ab iis mutuam reperire possent, qui eam se alibi non sine aliquo emolumento suo locare posse intelligerent: itemque augendarum facultatum caussa, ne apud homines pecuniæ otiosæ manerent. Quæcunque caussa est, apparet eandem fuisse apud Romanos, propter quam apud cæteras nationes exercebantur. Illas quidem eo iure permissas esse constat. De eo nunc quærimus: Non enim ignoramus, quid aut in iis iure Pontificio constitutum sit, aut de iis sacris literis traditum. Nos vero,
ut dixi, † ius Civile de eo genere nostrum 13
hoc loco explicare conamur. Quamobrem de iis ex eo iure sic dicemus, non ut omnia, quæ de hac re dici et conquiri possunt, oratione nostra persequamur, quod nonnulli fecerunt: sed ut quid his literis de hoc genere traditum ac præceptum sit, facilius, nobis ducibus, et celerius cognosci possit.

Ac † totius huius loci tria capita esse a- 14
nimadverto. Unum de obligatione usurarum, quomodo, et quibus ex caussis deberi incipiant. Alterum de earum modo, quatenus exigi possint. Tertium, cum deberi cœperunt, quando desinant, et quousque exigantur. In his maxime capitibus omne ius, quod de usuris quærimus, contineri mihi videtur, ut qui ea teneat, nihil præterea fortassis requirere debeat. Eum ergo ordinem nunc sequemur. Ac primum quibus ex caussis debeantur, dicemus.

Principio igitur sic definiendum est, † 15
usuras in omnibus caussis optimo iure, si in stipulatum deductæ fuerint, ex stipulatione deberi, si modo etiam certus earum modus stipulatione comprehensus sit. Nihil enim profuerit, usuras stipulatum esse sine certa quantitate, ut in modo earum statuendo ad morem regionis postea recurramus. *L. quod in stipulatione. L. Tutor*, §.
ult. hic. † Citra stipulationem vero in bo- 16
næ fidei quidem iudiciis deberi possunt, ut paulo post dicemus: in stricti iuris iudiciis, veluti mutuo, nullo modo. *L.* 1. *et* L. 3. *Cod. eod. tit.* Ex quo intelligi volo, ex pacto deberi non posse, ne si ex continenti quidem interpositum sit, *d.* L. 3. *C. eod. tit. L. si tibi decem, de pact.* cum tamen regulariter ea conventio actionem pariat, quæ incontinenti subsecuta est. L. *Iurisgentium*, §. *Quinimo, de pact.* Non enim putaverunt veteres rei per se odiosæ obligationem sine magna cautione esse admittendam.

Hoc loco † fiscus primum nobis excipien- 17
dus est, cui ex omnibus contractibus usuræ debentur, non modo citra stipulationem, sed

(*) Imo vero maximo reipublicæ malo. Nam primum inter omnes incorruptæ mentis viros convenit, usuram, quæ pro nudo usu pecuniæ penditur, turpe, iniustumque lucrum esse. Leotard. *de Usur. Quæst.* 2. Gonzal. *Comment. ad Cap.* 3. *de usur. n.* 8. *seqq.* Leuren. *For. Eccl. Lib.* 5. *Qu.* 339. Nihil autem reipublicæ magis inimicum, quam iniquitas, et iniustitia, *Iustitia elevat gentem: miseros autem facit populos peccatum*, ut monet Sapiens. *Proverb.* 14. 34. Deinde vero historiarum monumenta abunde testantur, *fænebre malum* a Tacito 6. *Annal.* 16. *discordiarum, seditionumque creberrimam caussam* merito vocari.

sed etiam sine ullo pacto. *L. cum quidam*,
§. *Fiscus. L. Hærennius*, 2. *hic*.
18 Proxima fisco civitatum ratio est. † His
enim etiam ex nudo pacto debentur usu-
ræ creditarum ab eis pecuniarum. *L. e-
tiam. hic*. Creditarum, inquam, idest, mu-
tuo datarum. Nam in cæteris contractibus
bonæ fidei non mirum, si iure communi
usuras exigant vel ex sola mora. Atque et-
iam sine ulla alia conventione usuræ civi-
tatibus debentur in eo genere, cum quis
quid pollicitus fuerit Reip. se daturum, si
moram in eo præstando facere cœperit. *L.*
19 1. *de pollicit*. Cui † contrarium non est,
quod traditum est, liberalitatis in Remp.
factæ usuras non exigi. *L. liberalitatis*,
hic. Quod enim ex pollicitatione debetur,
ita debetur, si ob honorem decretum sibi,
vel decernendum quis promiserit, vel ob
aliam iustam caussam. *L. 1. de pollicit.* Id
20 autem † a liberalitate distare plurimum in-
telligitur. *L. hoc iure*, *in prin. et* §. 1. *de
donat.*

Iam vero neque hoc in omni pecunia,
quamvis inter cæteros, perpetuum est, ut
non nisi per stipulationem usuræ debean-
21 tur. † Interdum ex nudo etiam pacto de-
bentur, idque inter omnes valet. Primum
hoc in traiectitia pecunia receptum est cer-
ta de caussa. *L. in quibusdam*, *de naut.
fœn.* de quo genere toto, quia res pluri-
bus verbis indiget, paulo commodius post-
22 ea dicemus. Deinde † extra pecuniam nu-
meratam in cæteris rebus omnibus, quæ
mutuo datæ sunt, in quibus mutuum consi-
stere potuit, puta oleo, frumento, et cæteris
eiusdem generis. In quibus omnem acces-
sionem ex nudo pacto præstandam esse pla-
cet. *L. frumenti. C. eod. titul.* Cur autem
placeat, favor rei in caussa est. Favetur
enim creditori frumentum, vel oleum mu-
tuanti, si aliquid accedere velit supra sor-
tem, ne damno aliquo afficiatur, dum pro-
pter variam commutationem æstimationis ea-
rum rerum, accidere potest, ut minori æ-
stimatione eas postea recipiat a debitore,
quamvis eadem mensura. Quarum rerum
quam varia sint precia, non modo per sin-
gulas civitates et regiones, sed etiam iis-
dem in regionibus per singula prope mo-
menta, omnibus notum est. Quamobrem
etiam in iis arbitraria actio de eo, quod
certo loco inducta est. *L. ideo*, *de eo*, *quod
cer. loc.* Huc pertinet. *L. oleo. C. eod. ti-
tul.* Nihil simile in nummis, quorum sem-
per certa est æstimatio. *L. nummis de in
litem iur.*
23 Enimvero † cur ex nudo pacto accessio
in his præstanda est? inauditum est enim,
et insolens, ex nudo pacto actionem nasci,
nisi certis de caussis nominatim lege id con-
stitutum est. Sed nudum hic accipere de-
bemus, non quod ex continenti secutum
non sit, sed quod a stipulatione nudum
sit. Ut enim a doctis hominibus recte ob-
servatum est, † *nudum* dicitur varie, ut 24
quisque locus postulat, nempe id, quod
nudum est ab ea re, quæ præcipue eo lo-
co requiritur: ut cum dicimus, traditioni-
bus, et usucapionibus, non nudis pactis
dominia rerum transferri, *L. traditionibus*,
C. de pact. apparet, nuda pacta dici, non
quæ aut nomen non habent, aut caussam
aliam præter conventionem, quasi ex iis,
in quibus superiora illa sunt, dominia re-
rum transferantur: nullo modo enim ex
contractu solo transferuntur. Sed nuda in-
telligimus, ut referatur significatio ad id,
quo de agitur, ea scilicet, quæ traditio-
nem non habent, qua dominia transferri
volumus. Sic hoc loco cum *nudum* dicimus,
ita accipere debemus *nudum*, quod nihil,
nisi pactum sit, et stipulationem non ha-
beat, citra quam alioqui usuræ deberi non
possunt.

Atque hæc etiam de stipulatione, et pa-
cto omnia sic accipi volumus, si usuræ pe-
cuniæ quavis alia ex caussa debitæ petan-
tur, quam iudicati. Cæterum † post rem 25
iudicatam hoc speciali ratione adversus mo-
ram longiorem debitorum pœnæ caussa con-
stitutum est, ut si intra quatuor menses,
quam res iudicata est, pecuniam ex ea caus-
sa non solverint, usuram centesimam eius
temporis, quod postea fluxerit, pendant.
Toto tit. Cod. de usur. rei iudic.

Quibus exceptis, relinquitur quod posui-
mus, cæteris in rebus sine stipulatione usu-
ras exigi non posse. At † deberi quidem 26
naturaliter ex pacto possunt sic, ut solutæ
repeti non possint, nec ideo in sortem im-
putabuntur. *L. in iis*, §. *Imperator*, *de so-
lut. L. 3. C. hic.* † Potest etiam creditor 27
per retentionem pignoris eas consequi, si
forte pignus in eam quoque caussam obli-
gatum sit. *L. per retentionem*, *Cod. eod. L.
solutum*, §. *si in sortem*, *de pign. act.* † 28
Pignus enim etiam pro naturali obligatione
tenetur. *L. res*, *de pign.* Sed retinere, in-
quam, solum potest creditor, siquid eo no-
mine datum sit: exigere autem, quæ non-
dum solutæ sunt, de quo nunc agitur, si-
ne stipulatione non potest.

Quid ergo, † si eas pacto forte promis- 29
sas debitor pluribus annis solverit? Exori-
tur dubitatio, num id sine stipulatione sa-
tis

tis sit, ut eas in posterum præstare cogatur. Sed nos stipulationem requirimus. Quod autem pluribus annis præstitæ sunt, id consensum debitoris de iis præstandis arguere potest: stipulationem, quæ non sit, inducere non potest. Quanquam ne hic quidem satis caussæ, ut qui ante solverit, in posterum quoque, ut id faciat, consensisse videatur. Quo fit, ut nihil hæc præstatio ad inducendam futuri temporis usurarum obligationem quicquam momenti habeat. *L. si certis annis.*, *C. de pact.*

Itaque huc semper redeundum est, necesse habere creditorem, qui usuras petat, probare stipulationem intervenisse. Exstatque in hanc sententiam Imperatoris Antonini rescriptum in *L. creditor*, *C. eod. tit.*

Non haberet hæc res dubitationem, ne-
30 que pluribus verbis indigeret, nisi † Papiniani locus sub hoc titulo obstaret, in *L. cum de in rem verso*, in quo ille refert, cum de usuris quæstio moveretur, Imperatorem ideo solvendas usuras iudicasse, quod eas dominus, vel pater longo tempore præstitisset. Quæ sententia si vera est, superioribus maxime contraria est.

31 Atque † hunc quidem nodum sic vulgo expediunt, ut qui usuras non tanquam ex stipulatione debitas petat, sed hoc solum caussæ afferat, quod dicat sibi longo tempore esse præstitas: hunc non esse audiendum existiment, scilicet quia præstationis diuturnitas non sit caussa ad inducendam obligationem constituta. Et huc superiora illa rescripta referunt, quæ præstationem præcedentis temporis nocere negant. *L. si certis*, *Cod. de pact.* *L. creditor*, *C. hic.* Sed qui alioqui usuras optimo iure sibi deberi contendat, puta ex stipulatione, hic, si ad eius rei probationem hoc argumento utatur, quod sibi longo tempore solutæ sint, fidem facere dicunt, et ideo in posterum, tanquam iure debitas, solvendas esse. Sicque Imperatoris decretum illud apud Papinianum interpretantur. Atque in summa diuturnam præstationem ad inducendam sequentis temporis obligationem satis esse negant: ad probandam obligationem quæ præcessisse dicatur, putant satis
32 esse, † utcunque probabiliter, sed parum ad eum locum, quem interpretantur, accommodate. Neque enim quicquam illic proponitur eum, secundum quem pronunciatum est usuras deberi, dicere sibi eas ex stipulatione debitas: sed solum hoc dicitur, Imperatorem ideo solvendas usuras iudicasse, quod eas pater longo tempore præstitisset. Ita quod longo tempore præstitæ essent, hanc solam rationem habuit, ut eas solvendas iudicaret. Deinde sequentia non cohærent, in quibus refert Papinianus, Imperatorem Severum filiæ Flavii Athenagoræ, cuius bona fuerant publicata, de fisco ideo numerari decies centena dotis nomine iussisse, quod ea patrem prestitisse dotis usuras allegasset. Quibus verbis non de usuris præstandis in posterum agitur ob id, quod ante præstitæ essent, sed ex ea præstatione patrem debuisse dotem, colligitur. Postremo nullum hoc argumentum est, qui longo tempore usuras præstiterit, eum quoque ex stipulatione debitas præstitisse. Nam si eum, qui paucioribus annis præstitit, non ideo tamen etiam secundum illorum sententiam colligitur debuisse, quamvis creditor sibi ex stipulatione deberi dicat: *L. creditor*, *C. de usur.* non debet ne is quidem debuisse existimari, qui longo tempore idem fecerit. Quid enim dici potest, cur qui semel errore inductus solvere cœperit, deinceps eodem errore longo tempore non solvat?

Assentior igitur † Francisco Duareno no- 33
stro, recte, ut cætera, animadvertenti, eo loco de stipulatione usurarum non agi, neque hoc quæri, an usuræ debeantur, nec ne: sed an ab hærede patris, vel domini debeantur, cum quo de in rem verso agebatur. Pater longo tempore usuras præstiterat pecuniæ, quam filiusfamilias mutuam acceperat. Eo nomine, mortuo patre, cum hærede eius agebatur de in rem verso, quod eam pecuniam creditor in rem patris versam esse diceret, et simul usuras petebat, quas pater longo tempore præstitisset. Negabat hæres in rem patris versum: ideoque ne usuras quidem nomine patris se debere dicebat. Imperator iudicavit usuras ideo esse solvendas, quod pater eas longo tempore præstitisset: ut sit sensus, non iudicavisse Imperatorem, usuras, quæ debitæ non docerentur, ideo solvendas esse, quod longo tempore præstitæ essent: sed cum per stipulationem debitas esse a filio constaret, ideo iudicavisse ab herede patris solvendas esse, quia pater ipse, dum viveret, longo tempore eas præstitisset. Scilicet ut hinc ducatur coniectura, in rem patris eam pecuniam versam fuisse, idque ipsum patrem ea re declarasse, quod tandiu eius pecuniæ usuras solvisset. Neque enim id ita faceret, tanquam eius pecuniæ debitor, nisi ostenderet, eam quoque pecuniam se debere, et ita in rem suam versam fuisse. Ex quo significare sive Imperator, sive Papinianus voluit, præstationem usurarum, quæ ex certa caussa descenderent, arguere eum,

qui

qui eas præstiterit, eius quoque summæ
principalis debitorem fuisse, cuius nomine
usuræ illæ præstabuntur. Quam bene au-
tem cum hac sententia convenit, quod se-
quitur? Flavius Athenagoras filiæ nubenti
decies centena doti constituerat, et viro e-
ius promiserat, eiusque summæ nomine per
multos annos usuras marito præstiterat. E-
ius deinde Flavii bona omnia propter de-
34 lictum aliquod publicata sunt. † Bonis pu-
blicatis, sic omnia iudicati bona ad fiscum
pertinent, ut tamen peculium filii ex con-
stitutione D. Claudii separetur, præcipue
autem dos, quæ ipsius filiæ proprium pa-
trimonium est. *L.* 3. §. *sed utrum in fi.*
de minor. Cum hæc dos promissa filiæ,
certe eius dotis actio in bonis, et peculio
filiæ esset, cum fisco egit, ut sibi ea dos
restitueretur, neque tamen facile sibi con-
stitutam esse probare poterat. Imperator Se-
verus, cæteris probationibus in hac caussa
deficientibus, hoc ipso de fisco numerari ei
dotem iussit, quod inter cætera filia pa-
trem præstitisse eius dotis usuras allegasset.
Iudicavit scilicet, eum, qui usuras dotis
solvisset, ipsam quoque dotem a se profe-
ctam agnovisse videri, eamque se debuis-
se. Quod bene cum præcedentibus conve-
nit. Sic enim et pater iudicatur agnovisse
se pecuniam debere, tanquam in rem suam
conversam, qui eius pecuniæ usuras tandiu
præstitisset. Ita usurarum præstatio non de-
clarat fuisse usuras debitas, quæ solutæ
sunt, de quibus non quæritur: sed eum,
qui solverit ex aliqua caussa principali; si
de ea principali obligatione quæratur, eam
caussam præstatione usurarum agnovisse vi-
deri. Usuræ enim nisi pecuniæ debitæ, non
solvuntur, maxime ab eo, qui, qua de re
agatur, non ignorat. De ipsis autem usuris
in reliquum tempus præstandis hæc semper
manebit quæstio, an etiam stipulatione pro-
missæ sint; aut ea caussa, qua præsumi-
tur præcessisse, ea sit, in qua ex mora u-
suræ debeantur. Sed iam ad propositum
redeo.

Cum igitur usuras ex stipulatione solum
recte deberi constet: deinceps de vi eius
35 stipulationis monendi sumus, † cum hac con-
ditione, ut fit, interposita erit, ut, *si pecu-*
nia sua die non solvatur, usuræ debeantur,
non esse expectandum, dum debitor moram
faciat, ut ex ea stipulatione agi possit. Etiam
sine mora debitoris usurarum stipulatio com-
mittetur dissimiliter, atque in bonæ fidei con-
tractibus. Nec mirum, cum id exigat vis,
et ratio stipulationis conditionalis, quæ con-
ditione existente committitur. *L. pecuniæ*,
§. 1. *hic.* Quod tamen sic accipiendum est,
si quid sit omnino, quod debitori imputa-
ri possit, cur non solveret. Quod † si ne- 36
mo fuit, cui pecuniam solvere posset: æ-
quum est, eius temporis moram debitori
non nocere. *L. pecuniæ* §. *si tamen.* Ut
hac ratione etiam in usuris, quæ per sti-
pulationem debentur, verissimum sit, quod
Paulus scribit, usuras non propter lucrum
petentium, sed propter moram non solven-
tium infligi. *L. cum quidam*, §. *si pupil-*
lo. hic. Idemque in similibus conventioni-
bus omnibus receptum est, quoties hæc con-
ventio est, ut, *si pecunia a debitore sua*
die non solvatur, debitor eo nomine ali-
quid præstet. Idque ex lege commissoria in-
telligi potest, quæ † locum habet, etsi non 37
interpellatus debitor non solvat. Et tamen
† idem, si non habeat, cui offerat, securus 38
est. *L. si fundus*, §. *ult. de leg. commiss.*
Ergo, ut videtur, quoties nemo erit, cui
debitor pecuniam recte det, cum velit, to-
ties sequentis temporis usuras non præsta-
bit. Non ita est. Sed † hoc spectabimus, 39
an nunquam per debitorem steterit, quo-
minus pecuniam solveret, ne aut stipulatio
committeretur, aut ex mora in bonæ fidei
iudiciis usuræ inciperent deberi. Semel au-
tem mora facta et stipulatione usurarum
commissa, etiam si per creditorem stet,
quominus debitor recte solvat, non tamen
usuræ, quæ cesserint, deberi desinent, ni-
si pecunia oblata, et deposita fuerit. *L. evi-*
ctis, §. *ult. L. debitor*, *hic.*

Atque hæc de stricti iuris contractibus
dicta sint. In iis autem iudiciis, quæ bonæ
fidei appellamus, longe ius diversum est.
† In quibus in summa si quid convenerit, 40
ex conventione: si nihil convenerit, tamen
ex mora usuræ debentur. Exempla sunt
pretii in emptione, et venditione, in loca-
to, mercedis, in negociorum administratio-
ne, si quid alter alteri ex administratione
debere cœperit, et quæ sunt eiusdem ge-
neris, *L. cum quidam*, §. *ex locato*, *et*
§. *eos. L. evictis*, *L. mora*, §. *in bonæ fi-*
dei, *L. et in contraria*, *L. quæsitum.* §.
ult. hic. † In emptione tamen, et venditio- 41
ne usuræ pretii non debentur ante quam
possessio rei venditæ tradita sit, non dico
ex mora: (nam id certum est, moram non
fieri ab emptore, priusquam rem accepe-
rit. Donec enim ei res tradatur, suo iure
pecuniam dare recte recusabit. *L. Iulianus*,
§. *offerri. L. qui pendentem*, *de act. empt.*)
sed ne si convenerit quidem, ut usuræ
præstarentur. *L. liberalitatis.* §. 1. *hic.* 42
Omnino enim † quibus in negociis pecu-
nia

nia debetur propter aliam rem, quæ vice mutua præstari debet, nisi eius rei præstatio antecesserit, usuræ non debentur, ut non tantum in hoc genere intelligi potest,
43 sed etiam † in dote, quæ propter onera matrimonii debetur. *L. cum post*, §. *domum*,
44 *de iure dot.* Itemque † in eo legato, cum heredi decem data sunt, et vicissim partem aliquam hereditatis dare iussus est. *L. facta*, §. *rescripto*, *ad Trebell.* Apparet enim in his, ut initio dixi, usuras pecuniæ institutas esse ad compensationem fructuum eius rei, quam debitor prius accepit, cuius nomine nunc pecuniam debet.

Interdum etiam mora non interveniente
45 in hoc genere usuræ debentur. Id † accidit in omni rerum alienarum administratione, quoties quis eius pecuniam, cuius tutelam, aut negocia administrat, in usus suos convertit. *L.* 1. *hic*, *L. qui sine*, *de neg. gest*, *L. tutor qui repert.* §. *si post. de adm. tut.*

Bonæ fidei iudiciis legata, et fideicommissa in hac caussa comparantur, quæ, quanquam ipsa bonæ fidei iudicia non sunt:
46 † usurarum tamen præstationem statim ex mora admittunt, itemque et fructuum *L.* 3. §. *ult. L. usuræ. L. cum quidam*, *in fine*, *L.* 3. *in princip. L. equis. hic.* Quip-
47 pe in his, ut in cæteris omnibus, † latius voluntates defunctorum interpretamur. *L. in testamentis*, *de regul. iuris.* Quoque minus testator suam voluntatem implere nunc potest, qui mortuus est, eo magis, ut primo quoque tempore impleatur, post mortem eius laborandum est, ne quid contra, quam voluit, eveniet. Huc pertinet. *L.* 1. *C. de sacrosanct. eccl.* Ex quo quidem efficitur, quod Paulus scripsit, si quis pecuniam ad statuas in civitate ponendas legaverit, neque heredes post tempus a Præside præfinitum posuerint: usuras reip. pendere debere, nimirum ex legato. *L. cum quidam*, *in fin. hic.*

Neque huic contrarium est, quod idem
48 dicit, † liberalitatis in rempublicam factæ usuras non exigi. *L. liberalitatis*, *in prin. hic.* Ab ipso enim testatore non exigerentur usuræ, si viveret, quia in persona eius liberalitas est. In persona autem heredis, a quo usuræ nunc exiguntur, liberalitas non est. Ipse enim ut legatum præstet, ex quasi contractu, non ex donatione sua obligatur. §. *heres*, *instit. de obligat. quæ ex quasi contr.*

Quod si in iis ex mora quoque ipsa
49 usuræ præstantur: † multo magis profecto post litem contestatam præstabuntur, ut est rescriptum in *L.* 1. *et L.* 2. *C. de usur. legat.* Quibus rescriptis non negatur, quin ante litem contestatam usuræ exigi possint. Utrumque enim verum est, et post litem contestatam præstandas esse, ut tum forte quæstio inciderat, ad cuius consultationem rescribitur: et si ante mora facta sit, etiam ante id tempus deberi: ut nunc dicimus.

Quare sit nobis hic locus iam conclusus, in stricti iuris iudiciis, usuras non nisi ex stipulatione deberi: in bonæ fidei contractibus, itemque legatis, et fideicommissis, usuras aut conventione, quæ quidem valeat ad agendum, aut sine ulla conventione etiam ex mora deberi.

Quæ si ita sunt: falsum est quod qui- 50
dam putant, post litem contestatam usuras semper deberi, etiam in stricti iuris iudiciis. Et quomodo tandem usuras petet, cui promissæ non sunt? Nam post litem contestatam nihil, nisi caussa actori præstanda est, in quo genere fructus continentur, ut semper fructuum post litem contestatam ratio habeatur. At in hoc numero usuræ non habentur. Nam hoc diserte ab Ulpiano scriptum est, usuras vicem fructuum illas quidem obtinere: sed id in legatis, et bonæ fidei iudiciis observari. *L. usuræ*, *hic.* Sequitur igitur, ut neque peti possint, quarum nulla actio est: neque officio etiam iudicis, lite contestata, contineantur ad restitutionem.

Male vero ad confirmationem huius sententiæ his verbis Pauli abutuntur: *Lite contestata*, inquit, *usuræ currunt.* L. lite, *hic.* Nam his verbis quid aliud significat, nisi usuras lite contestata non desinere deberi, id est nihilominus currere? Quod in *L.* 1. *C. de iudic.* his verbis expressum est: *Iudicio cœpto usurarum stipulatio non est perempta.* Idque ideo traditum a Paulo, et illic rescriptum est, quia fuit quod dubitari posset ob id, quod † lite contestata 51
novatio quædam fit, cum iudicio quasi contrahatur. L. *aliam*, *de novat. L.* 3. §. *penult. de pecul.* Ita, principali obligatione extincta, consequens fuit, ut usurarum tolleretur, quæ ipsa † nihil, nisi principalis 52
obligationis accessio est. *L.* 1. 2. *de pec. leg.* Sed nos hac re moveri non decere his locis admonemur. Eaque ratio est, quod † 53
eiusmodi novatio prodesse petitori, non nocere consuevit. *d. L. aliam.*

Ac de obligatione usurarum, quibus ex caussis in singulis generibus negociorum deberentur, dictum est. Sequitur de modo, qui lege constitutus est, supra quem usuras

suras stipulari, aut exigere non liceat. De qua re exstat Iustiniani constitutio in *L. eos*, §. 1. *C. eod. tit.* ad hanc ferme sen-
54 tentiam, † ut illustribus personis ad tertiam dumtaxat partem centesimæ usuras stipulari et exigere liceat, idest trientem usuram. Cæteris, siquidem mercaturam exercent, besses usuras concedit, quorum magis interest: si mercatores non sint, permittit semisses, idest dimidiam centesimæ partem. Utrisque autem tam negociatoribus, quam minime negociantibus, centesimam usuram concedit stipulari certis in caussis, his, inquam, traiectitia pecunia: (sic enim vocamus eam, quæ trans mare vehenda datur, ut periculum interim sit creditoris, de qua postea a me dicetur) itemque in speciebus fœnori datis. Species autem accipe eas, de quibus supra diximus, in quibus usura pro usu intervenire potest, idest eas, in quibus mutuum etiam consistit, oleum, puta, frumentum, et cæteras generis eiusdem. In quibus graviores, quam in cæteris usuras stipulari permittitur propter incerti pretii rationem istarum rerum, quæ mutuæ dantur. Aliter enim vix fiat, ut non aliquo incommodo afficiatur creditor, qui pro magni precii rebus cogatur interdum accipere alias minoris multo pretii, nisi adversus hoc periculum cautione maiorum usurarum prospiciatur. *d. L. oleo*, *C. eod. tit.*

Ac loquitur quidem Iustinianus in hac constitutione de usuris, quæ ex negociatione cuiusque exiguntur, in quibus eum modum præstituit, de quo dixi, quem vetat excedere. Alioqui sciendum est, quasdam esse præterea caussas, in quibus ex lege ipsa, et constitutionibus sine ulla stipulatione, aut mora, usura centesima exigatur. Hoc primum a Iustiniano ipso constitutum est in ea pecunia, quæ ex caussa iudicati debetur, ut post tempus statutum usuræ centesimæ eius pecuniæ currant. *L. ult. C. de usur. rei iudic.* Cui constitutioni non derogari superiore illa, quam nunc tractamus, *L. eos*, ex eo plus quam manifestum est, quod in hac posteriore superioris illius mentionem facit. Et nimirum in *d. L. eos*, vetat centesimam usuram exigere in aliis caussis ex stipulatione, aut ex consuetudine. Nunc autem hæc centesima pecuniæ ex caussa iudicati debitæ ex constitutione debetur.

Hoc idem ex constitutionibus receptum est in eo, qui pecuniam eius, cuius tutelam, aut negocia administrat, in usus suos convertit, ut eo nomine maximis usuris vice cuiusdam pœnæ subiiciatur. *L. qui sine, de negoc. gest. L. tutor qui repert.* §. *si post. de administrat. tut.* Ad quas constitutiones lex Iustiniani non pertinet, cum hic usura centesima neque ex stipulatione pupilli, neque ex mora officio iudicis exigatur.

Ita in summa quatuor caussæ reperientur, in quibus centesima usura locum habeat: in duabus ex stipulatione creditoris: in reliquis ex ipsis constitutionibus sine ulla stipulatione, aut conventione.

Circa hanc constitutionem hoc unum quæritur, † quid sit centesima usura. Quo co- 55
gnito, simul etiam, quæ sint usuræ trientes, quæ quincunces, quæ semisses, quæ besses, intelligetur. Nihil est enim aliud triens, nisi tertia pars centesimæ: semis, nisi dimidia pars, et ita deinceps: ut si usura centesima sit duodecim aureorum in annos singulos, semis usura sit huius summæ dimidia pars, idest sex aurei: triens, tertia pars, idest quatuor aurei: bes, octo unciæ, idest aurei octo. Sic enim † vete- 56
res Romani cum totum aliquod partiri vellent, id ad assem redigebant: qui constabat duodecim partibus, quarum unaquæque *uncia* dicebatur: plures autem coniunctæ usque ad assem suis nominibus appellantur. *Sextans*, duæ unciæ, sexta pars assis videlicet: *quadrans*, quarta pars, tres unciæ: *triens*, tertia pars, quatuor unciæ: *quincunx*, quinque unciæ, et deinceps: ex numero unciarum appellatæ partes, *semis*, *septunx*, *bes*, *dodrans*, *dextans*, *deunx*, *as*. Idque non solum fecerunt in hereditate, cum hereditatis partes numerare, et partiri vellent, quod illos in hoc genere fecisse certum est: *L. servum*, §. *ult. de hered. instit.* sed in omnibus aliis rebus partiendis. Horatius in *Arte poetica*:

Romani pueri longis rationibus assem
Discunt in partes centum diducere, dicat
Filius Albini, si de quincunce remota est
Uncia, quid superat? poteras dixisse, triens, heu,
Rem poteris servare tuam, redit uncia, quid fit?
Semis. etc.

Hoc ergo et in centesima, reliquisque eius usuræ partibus intelligendum est, ut cum inventa erit centesima usura eius sortis, de qua quæstio est, tum deinde ea in alias partes dividatur ad rationem assis, quæ

quæ dicantur eius assis, quasi sortis quincunces, semisses, trientes, besses usuræ. Sic enim trientes ratione ipsius centesimæ dicuntur, sic semisses, et cæteræ, ut centesima as sit, et totum quoddam, cuius partes sint illæ minores. Sic autem dici semisses usuras, quasi dimidiam partem centesimæ, trientem quasi tertiam partem centesimæ, hoc quidem ex constitutione Iustiniani plus quam manifestum est. Huc pertinet *L. cum quidam, in fin. hic.* Relinquitur igitur, ut hoc solum quærendum sit, quid sit centesima usura.

De qua re iam inter doctos viros omnes constare video, centesimam usuram esse centesimam partem sortis in singulos menses, ut ita dicta videatur, quod ad sortem relata, centesima sit portio sortis. Alii hoc modo, centesimam usuram esse definiunt, quæ centesimo mense æquat sortem, quod eodem redit. Ut puta in centum aureos in singulos menses unus aureus, idest centesima pars, usura centesima est. Eadem centesimo mense æquat sortem. Cum enim centum mensibus uno quoque mense unus aureus præstitus fuerit, efficietur ad extremum summa centum aureorum, quæ principalis sors fuerat. Quod autem dicimus, centesimam esse partem sortis in singulos menses, referri debet ad morem, et rationem veterum in fœnerandis pecuniis et promittendis constituendisque usuris, sicut a Budæo recte annotatum est, in *Annot. in Pandect.* Usuras enim in singulos menses stipulari solebant, non in singulos annos, ut indicat exemplum Pauli in *L. lecta, si*
57 *cert. petat.* Ex quo † *Calendarium* dictum est liber rationum, in quem pecuniæ fœnori datæ, et acceptæ referebantur, a *calendis*, quod pecunias in singulas calendas fœnerari solerent. Sic Africanus *servum calendario præpositum* dixit, qui fœnerandis, exigendisque pecuniis præpositus erat. *L. eius, si cert. petat.* Et Papinianus *calendarium exercere* pro eo, quod est eius generis negociationem exercere, ut pecunias colloces, ac fœneres usuris in singulas calendas, idest in singulos menses ad exactionem constitutis. Quamobrem erit more nostro centesima usura, duodecim pro centum in singulos annos: bes usura, octo aurei pro centum: semis, sex aurei, et deinceps pro ratione centesimæ.

Hoc modo usurarum constituto, non solum usuras petere, aut stipulari non lice-
58 bit, quæ hunc modum excedant, sed † nec quicquam aliud in vicem usurarum, cuius æstimatio quantitatem iustæ usuræ superet. Non pœnam. *L. pœnam, hic. L. Iulianus, §. ibidem Papinianus, de act. empt.* Non fructus pro usu pecuniæ percipere, nisi admodum, et, ut loquitur Papinianus, ad finem legitimæ usuræ. *L. 1. §. ultim. §. de pignor.*

Quid ergo † si supra eum modum quis 59
usuras stipulatus sit? Iccircone erit stipulatio inutilis? Imo vero quod illicite adiectum est, pro non adiecto habebitur: quod reliquum est, usuræ licitæ peti poterunt. *L. eos, §. si quis. C. eod. tit. L. usuras. L. placuit hic.* Quippe cum tot stipulationes sint, quot res: duæ quodammodo stipulationes erunt, una utilis, et alia inutilis, nec vitiatur utilis per aliam inutilem, ut scribit Ulpianus in *L. 1. §. sed et si*
mihi, de verb. oblig. Isto modo † si quid 60
amplius exactum sit, aut in sortem imputabitur, eamque diminuet: aut, si nihil aliud, repeteretur, *d. L. eos, §. si quis autem L. cum non frumentum. L. indebitas, C. eod. tit.*

Quod tamen diximus, qui fructus in vicem usuræ a creditore percipiuntur, si modum legitimæ usuræ excedant, ad iustum modum esse revocandos, *d. L. cum non fru-*
mentum, † sic accipiemus, si certum sit, 61
fructus annuos fundi non alios esse posse, quam qui usurarum legitimum modum superent. Enimvero si ii erunt, qui natura loci eam quantitatem non excedant: non debet: quia forte plures fructus nasci possint, si id aliquando contingerit, conventio de fructibus percipiendis, quasi iuri contraria rescindi. Contingit enim id aliquando, non semper, et pauciores natura loci percipiuntur. *L. si ea lege, C. eod. tit.*

Accidit etiam aliquando, ut quod pluris esse videatur, voluntate debitori iustum fiat, nec legitimam usuram egrediatur. Ut cum mutua pecunia accepta convenit, ut vice mutua creditor debitoris domum inhabitaret, eoque modo, uti convenerat, usus
est. Hic enim † quamvis plus domus re- 62
digeret, si locaretur: quam legitimarum usurarum ratio permittit: referri tamen quæstio eo nomine, quasi fraus legi fiat, non potest, ut est rescriptum ab Alexandro in *L. si ea pactione, C. eod. tit.* Recteque eo rescripto ratio reddita est, quia, ut potuerit maiore sorte contrahi locatio, hic tamen vilius conducta habitatio voluntate debitoris intelligitur. Constat autem in illius potestate esse, utrum pluris, an minoris locet.

Quibus expositis, si quid de usuris nominatim convenerit, de earum modo quid se-

sequamur, non erit obscurum. Nam sive ad modum lege præstitutum aliquid convenerit, id sequemur: sive excesserit, tamen semper ad eum modum, qui legitimus est, redigetur quantitas usurarum.

63 Enimvero † in bonæ fidei iudiciis, cum usuræ petentur ex mora, (id quod sine ulla conventione fit) et modus arbitrio iudicis permittetur, quid fiet? Quem hic modum usurarum iudex constituet? Easne recte exiget creditor, quæ a Iustiniano cuique permissa sunt, puta senator trientes, mercator besses, alius semisses? Nequaquam vero hoc sic accipiendum est in his iudiciis, sed morem sequetur regionis iudex, et ex ea consuetudine uniuscuiusque modum statuet, tantummodo ne legem offendat, ut Papinianus scribit in *L. 1. hic.* Itaque si minores etiam usuræ in regione frequentabuntur, quam quas a Iustiniano permissum est stipulari, eatenus modum earum definiet: sin maiores, non excedet tamen eum modum, qui lege constitutus est a Iustiniano.

Atque hæc de modo usurarum iure constituta sunt: quibus efficitur, ne supra eum modum usuras stipulari, atque exigere liceat. Exstat autem et in hoc genere alterum
64 legis caput, † ne usuras usurarum stipulari, aut petere possimus. *L. placuit, hic.* Cui legi cum fraus fieret a callidis hominibus, qui usuras in sortem redigentes, sic deinde tanquam sortis usuras exigebant, edita est Iustiniani constitutio, qua cautum est, ne liceat cuiquam usuras præteriti temporis, vel futuri in sortem redigere, et earum iterum usuras stipulari. Et id si fieret, idem de eo statuit, quod prius de iis usuris diximus, quæ legittimum modum excederent, quatenus illicitæ essent. Exstat constitutio sub eodem *tit. Cod. L. ultim.*

65 Ex hoc iure † nec pœnam, nec ullam aliam usuræ accessionem stipulari possumus. *L. pecunia, hic.* Eodemque exemplo, ac ra-
66 tione, † nec usuras fructuum petere, nempe usuras accessionis, si modo tanquam fructus exigantur, quales sunt, qui a malæ fidei possessore ante litem contestatam condicuntur: quales, qui post litem contestatam officio iudicis præstantur, nimirum
67 tanquam caussa. *L. neque, hic.* Nam † si fructus ii sint, qui rem principalem efficiant, aut in ea computentur, quod accidit in fructibus hæreditatis, qui ante litem contestatam percepti augent hæreditatem, et tanquam hereditas petuntur: istorum usuras exigi posse, Papinianus author est in *L. heres, §. ult. de petit. heredit.* Quod sic accipiendum est, ut initio monui, non si fructus, et species exstent: sed si, iis venditis, pecunia a bonæ fidei possessore petatur. Aliter namque id non fit. *L. 1. Cod. de petit. heredit.*

Hoc iure posito, † illud quæsitum est, 68
probanda sit eiusmodi conventio, nec ne, si quis forte, minoribus usuris ab initio promissis, maiores stipulatus sit hac conditione, *Si minores sua die solutæ non essent*, quasi hac conventione usura usuræ induci videretur, aut certe pœna usuræ, quod tantundem valet. Et omnibus Iureconsultis placet, et recte placet, eiusmodi conventionem legitimam esse, modo ne maiores usuras, quam legitimas, posteriore stipulatione comprehendamus, *L. pecuniæ, §. 1. hic. L. 1. §. penult. de pign.* scilicet ut intelligamus, graviores istiusmodi conventione ex eo tempore induci posse, ex quo in minoribus præstandis cessatum est: non autem, si recte minores sua die solutæ sint, post deinde cessatum sit, licere maiores exigere retroversus iam inde ab eo tempore, quo pecunia mutuata est, etiam pro iis temporibus, quibus usuræ minores recte solutæ fuerant. Quod ne conventione quidem effici posse, D. Marci rescripto effectum est. *L. cum quidam, hic.*

Ergo, quæret aliquis, † cum cessatum 69
erit, ex eo tempore maiores usuræ current, et deinceps præstabuntur? Præstabuntur sine dubio, si quidem ea fuit conventio, ut minoribus non solutis, maiores exigerentur. Sed in hac re conventio dominatur. Quid enim, si ita convenerit, ut si post unum, duosve menses cessatum fuerit, in maiores usuras debitor teneatur, deinde adiectum sit, ut deinceps per singulas pensiones ea conditio observetur, si conditione data usuræ non solvantur? Apparet, non id actum esse, ut si semel cessatum sit, deinceps maiores exigantur: sed ita, quatenus per singulas pensiones cessatum fuerit. Unde eveniet, ut, quandiu minores conditione data solventur, non sit locus maioribus, quamvis prius forte in una pensione cessatum fuerit. *L. Seia, hic.* Duobus locis expositis, in quibus de caussa usurarum, et modo diximus, restat tertius, qui a nobis propositus est, quousque usuræ debeantur, et quando deberi desinant. Ac † trium cau- 70
sarum desinunt deberi ex aliqua, si liberatus est obligatione sortis debitor, propter quam usuras debebat: si, manente sortis obligatione, usuras remisit: si usuræ ad duplum sortis pervenerint. Duplum enim excedere non possunt.

In

71 In primo genere † hæc numeranda sunt,
non dico si pecuniam solvit, aut exceptio-
ne aliqua liberatus est debitor, de quibus
nemo ambigit: sed illa, de quibus fortas-
sis nonnulla dubitatio sit, si pecuniam ob-
tulit, et, recusante creditore, totam pecu-
niam obsignavit, et deposuit, quod pro so-
lutione est. *L.* 1. *in fi. L. debitor. L. tu-
tor*, §. *Lucius*, *hic. L. acceptam*, *Cod.
eod.* Aliter enim sola oblatione, aut partis
obsignatione non exoneratur. *L. evictis*, *in
fin. d. L. tutor hic.* Item si de sorte iudi-
cio actum est, et iudicium sententia iudi-
cis finitum. Ad diem enim sententiæ debi-
tor usuras debebit. Post condemnationem,
quamvis pecuniam adhuc debeat, usuras
72 tamen non præstabit. *L.* 1. §. *ult. hic.* †
Iudicati enim actione prior contractus no-
vatur, ac mutatur, transferturque totus in
novam caussam iudicati. *L. ult.* §. 1. *vers.
Si enim*, *C. de usur. rei iud.*

73 Quid ergo † si iudex eam sententiam fe-
rat, ut, si tardius sententiæ condemnatus
paruerit, futuri temporis pendantur usuræ?
Saltem hoc casu fortasse usuræ post conde-
mnationem debebuntur vel ex sententia. Sed
negat Papinianus, in iudicio bonæ fidei, in
ea re, quæ post sententiam accidat, iudi-
cem partes suas interponere posse, *L.* 1.
hic. scilicet quia officio eius in iis iudiciis
usuræ debeantur ex mora. *L. quia tantun-
dem*, *de neg. gest.* Id autem officium post-
74 quam sententiam dixerit, cessat. Nam et †
iudex tum esse desinit. *L. iudex*, *de re
iudicat.* Ut merito dixerit Paulus ibidem
notans, nihil pertinere ad officium eius fu-
turi temporis tractatum. Quod si usuræ ex
stipulatione debeantur, non mihi quidem
videtur ille de iis etiam post condemnatio-
nem pendendis male esse pronunciaturus,
quia ea condemnatio iam præsentem caus-
sam habeat, de qua pronunciet, nempe
stipulationem. Hucque referendum puto re-
scriptum DD. fratrum in *L.* 1. *C. de sen-
ten. quæ sine cert. quant. prof.* Facit pro
hac sententia, quod Papinianus nominatim
de iudicio bonæ fidei loquitur, et eo, in
quo ex officio iudicis usuræ debentur, idest,
ex mora.

Hoc loco de præteritis usuris, quæ iam
75 ante cesserant, quæritur, † an peti pos-
sint, cum debitor his modis liberatus erit,
quos diximus. Et exstat Iustiniani consti-
tutio, *L. eos*, *in princ. C. eod. tit.* qua
negat, liberato prorsus debitore sive ipso
iure, sive per exceptionem, quod minus
est, usuras præteriti temporis peti posse.
Principali enim actione non subsistente,
supervacuum esse ait super usuris, vel fru-
ctibus adhuc iudicem cognoscere. Loqui-
turque generaliter de omnibus usuris, e-
tiam iis, quæ per stipulationem debentur.
In qua constitutione animadvertendum est,
non ideo removere illum usurarum actio-
nem, quia per longissimum tempus solutæ
non sint, sed quia sors ipsa desierit deberi,
qua sublata non sit accessioni locus. *L. cum
principalis*, *de regul. iur. L.* 1. 2. *de pe-
cul. leg.* † Diversum est, si per se annuum 76
aliquid debeatur, vel ex testamento, vel
ex stipulatione. Non enim si per totos tri-
ginta annos nihil ex ea caussa solutum sit,
ideo tota obligatio perimetur: sed eorum
duntaxat annorum, post quos alii triginta
anni intercesserint: sequentium autem inte-
gra erit petitio, quia scilicet singulorum
annorum, vel mensium, vel pensionum de-
nique sua sit obligatio, quæ suo quæque
tempore incipiat. Et ideo a quo anno, vel
mense, quo rem quamque præstari oportet,
ea præstita non erit, si triginta anni non
intervenerint, manebit eius temporis actio.
Nec ad rem pertinet, quod alia actio prin-
cipalis sublata sit, quia hæc ipsa annua obli-
gatio principalis est, non ut usurarum, ac-
cessoria. *L. cum notissimi*, §. *ult. de præ-
script.* 30. *annor.*

Sed cum reo condemnato, sit adhuc iu-
dicati actio, qua teneatur: non immerito
dubitari potest, † si iudex nihil de usuris 77
eo iudicio pronunciaverit, nec sit provoca-
tum, num de usuris superioris temporis,
quæ competierant, actio moveri possit. Et
constat, in bonæ fidei iudiciis, si iudica-
tum sit, moveri non posse. Est enim in his
non actio sortis ex contractu debitæ, circa
cuius executionem ratio usurarum officio iu-
dicis habeatur. Id autem postquam iudica-
tum fuerit: cessat. *L.* 4. *C. depos. L. in
bonæ fidei*, *C. eod. tit. L. centum Capuæ*,
et L. ult. de eo, *quod cer. lo.* Num igitur
idem probandum est, si usuræ per stipu-
lationem promissæ sint? Quomodo enim
cum semel cœperit actio, invito creditore,
tolletur? *L. habere*, *in fin.* §. *de evict.* Et
magis est, ut de his creditor eo usque age-
re possit, donec a debitore satisfactum fue-
rit. Non enim hæc caussa recte superiori-
bus per omnia comparabitur, quia adhuc
qui damnatus est, pecuniam debet tametsi
in actionem iudicati actio transfusa est. Il-
lic autem nulla actione debitor tenetur.

Altera † caussa est, cur usuræ non de- 78
beantur, si manente etiam obligatione cre-
ditor eas omiserit. Id autem fecisse intel-
ligendus est non tantum si ita convenerit:
(quod

(quod si isto modo fieret tantum, nihil nunc diceremus. Nullam enim ista res dubitationem habet) sed etiam ex rescripto D. Pii, quod huc pertinet, si per longum tempus earum petitionem creditor omiserit. *L. cum quidam*, §. 1. *L. qui semisses, in prin. hic.* Longum tempus accipe, ut in præscriptionibus, decem inter præsentes, vel viginti inter absentes, ut indicat Rubrica *de præscript. long. temp.* 10. *vel* 20. *anno.* Atque hoc modo cum exceptio adversus creditorem nascatur, quasi eas omiserit, nec petendas putaverit: apparet, non tantum in futurum eas exigi non posse, sed ne eas quidem, quas creditor tandiu petere destiterit. *d. L. cum quidam*, §. 1.

79 Reliquum † ius est de usuris, ut, quamvis manente obligatione, nec quicquam omittente creditore, tamen cum ad duplum sortis earum quantitas excreverit, amplius exigi non possint. *L. pen. C. hic.* Quod ius ita acceptum erat ex constitutionibus, ut usuræ per tempora solutæ, idest per vices suis quæque temporibus, non proficerent reo ad dupli computationem, sed tunc demum, cum tempore solutionis summa usurarum excederet eam computationem: ut puta si per ducentos, et eo amplius menses in usura solvenda cessatum sit, et ea summa totius præteriti temporis nunc petatur. De qua re exstat rescriptum Antonini in hæc verba: *Usuræ per tempora solutæ non proficiunt reo ad dupli computationem.* Tunc enim ultra sortis summam usuræ non exiguntur, quoties tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem. *L. usuræ*, *C. eod. tit.* Sed hoc emendatum est postea, et constitutum a Iustiniano, ut particulares etiam usurarum solutiones in duplum computentur. *Novell.* 121. *et* 138.

Obiter autem hoc loco † de rescripto Antonini, quo illa interpretatio accepta erat, 80
admonebimus (quando de eo magnam fuisse dubitationem inter viros doctos video) nihil referre, utrum affirmative legamus, hoc modo: *Tunc enim ultra sortis summam usuræ exiguntur*: an negative, *usuræ non exiguntur.* Quamquam enim verum est usuras supra duplum exigi non posse: non tamen, qui dicit eas supra duplum exigi, cum tempore solutionis summa usurarum excedit duplum, ideo etiam id iure fieri dicit. Sed legem Antoninus de non exigendis usuris supra duplum interpretatur, ut si constiterit, supra duplum aliquid peti, continuo intelligatur iure id fieri non posse, nec amplius usuras exigi. Sic utraque lectio eandem vim habet.

C A P. II.

De Nautico Fœnore.

S U M M A R I A.

1. Fœnus nauticum, usura nautica, *sive* maritima *quid sit, et unde nomen traxerit. et* n. 4.
2. *Eius modus. et* n. 6.
3. *Ex sola conventione citra stipulationem peti potest.*
4. Traiectitia pecunia *quæ, et unde dicatur. et* n. seqq.
8. *Navigat periculo creditoris.*
9. *Usuris nauticis periculi pretium continetur.*
10. *De pretio periculi. Exponitur* L. periculi pretium, 5. D. de nautic. fœnor. n. seqq.
11. *Differentia inter aleam, et conventiones, promissionesque conditionales.*
13. *Quod in alea lusum est nec debetur, et repeti potest.*
14. *Conditionis impletae effectus tum quoad usuras nauticas, tum quoad pœnam promissam.*

ATque hæc de usurarum omnium iure in universum nobis exposita sunt. Sed cum antea traiectitiæ pecuniæ mentionem fecerimus, quo in genere de usurarum ratione ius a cæteris caussis longe diversum, ac prope singulare esse docuerimus: nunc res postulat, ut quod illic commode non potuimus, nisi ordinem docendi institutum impedire vellemus, hoc loco, quid sit traiectitia pecunia, et quæ sit istius singularis iuris ratio, omninoque quæ sit sententia eius Tituli, qui *De nautico fœnore* inscribitur, separatim explicemus. † 1
Nihil est enim aliud fœnus nauticum, sive usura nautica, sive mavis cum Paulo *maritimam* dicere, *L. fœnerator*, *hic*, nisi usura, quæ in hoc genere traiectitiæ pecuniæ observatur. Ac iuris quidem in his summa hæc fuit. Cum enim statuissemus, usuras communiter neque citra stipulationem

nem promissas deberi, neque amplius, quam besses in mercatorum negotiis fere exigi posse: utrumque hoc in pecunia traiectitia di-
2 versum esse diximus. Nam † et centesimas usuras, idest maximas, hic stipulari licere ostendimus ex constitutione Iustiniani in L. *eos*, *C. de usur.* cum antea quascunque
3 stipulari liceret *L. 4. hic*, et † præterea has ipsas ex sola conventione citra stipulationem promissas peti posse. *L. in quibusdam*, *hic.* Quid sit igitur traiectitia pecunia, cognoscendum est.

4 Traiectitiam pecuniam † eam dicimus, quæ trans mare vehitur periculo creditoris, *L. 1. hic.* ut appareat, *traiectitiam* dictam esse a *traiiciendo*, quod scilicet trans mare *traiiciatur.* Ex quo etiam usura ipsa nomen habet. Quia enim pecunia hæc mari vehitur, idque efficitur opera nautarum navibus, usura etiam, quæ pro ea pecunia penditur, ex re ipsa, et *nautica*, et *maritima* est appellata.

Sed, quam vim habeat superior illa definitio, paulo pluribus considerandum est, ne usuram traiectitiam eam, quæ non sit, accipiamus, et ob id in usurarum nauticarum iure hoc errore labamur. Placet igitur
5 primum, † traiectitiam eam esse, quæ trans mare vehitur: ut si eodem loco pecunia consumatur, in hoc numero non sit. Veruntamen intelligendum est, eam etiam pro traiectitia habendam esse, quæ ibi consumatur, si modo ex ea merces comparatæ sint, quæ periculo creditoris traiicerentur eadem ratione. *L. 1. hic.* Idemque de omni alia dicendum est, quæ ipsius pecuniæ traiectitiæ caussa a creditore impendatur, utputa si quid pro operis servi traiectitiæ pecuniæ caussa secuti, proque omni alia pecunia, quæ propter absentiam servi creditori abest, creditor usurarum nomine sti-
6 puletur. Nam † et centesimam stipulari potest, eaque exigi poterit eatenus, ut ne ultra duplum debeatur. *L. nihil*, *hic.* Quamvis enim nautica usura sit, licueritque vel maximas usuras olim propter periculum pecuniæ stipulari: non tamen aut usura usurarum, aut ultra duplum exigi potest. *L. si non sortem*, *in princ. de condic. indeb.*

Non est satis pecuniam trans mare vehi, ut traiectitia sit, et in eius pecuniæ usuris aliquid diversum a cæteris observetur. Hoc
7 † addendum est, pecuniam traiectitiam esse, si modo periculo creditoris traiiciatur, idest hac lege, ut ita demum petitio eius sit, si navis salva intra statuta tempora pervenerit. *d. L. 1. L. fœnerator.* Versic. *sed cum traiectitia. L. in quibusdam*, *hic.* Quo fit, ut, sive pecunia sine periculo creditoris accepta sit; sive post diem constitutum, et conditione impleta periculum creditoris esse desierit, iam maius aliis usuris legitimis fœnus non debeatur: in priore quidem specie, semper: in altera vero, discusso periculo. Verba sunt Papiniani in *L. nihil*, *hic.*

Cum autem periculo creditoris pecunia naviget, apparet, † si interim navis pe- 8
rierit, debitorem nihil debere, eoque nec merces, si quæ in ea nave fuerunt, debitoris creditori obligatæ, nec si alibi aliæ fuerunt, eas amplius teneri. Frustra enim de pignore quæritur, cum nulla est obligatio principalis. Huc pertinet *L. fœnerator*, *hic.* Neque vero mirum est, maximas usuras in hac caussa stipulari licere, atque eas etiam ex pacto deberi. † Non tam enim 9
illæ usuræ sunt, quæ supra traiectitiam pecuniam exiguntur, quam precium eius periculi, quod creditor interim sustinet, et præstat, si conditio defecerit. *L. periculi*, *hic.*

Ex quo quidem a Scævola tractatum est,
† an similiter idem admittendum esset in 10
omnibus caussis, in quibus conditio quævis adiecta esset, qua existente, aut non existente, pecuniam creditor recepturus esset; contraria autem existente, amissurus, ut augeri obligatio pecuniæ creditæ posset vel solo pacto. Et putat, eadem de caussa esse admittendum, videlicet quia eiusmodi omnis pecunia, quæ præter sortem in his caussis in conventionem deducitur, non tam usura videri debeat, quam eius periculi precium, quod in iis conditionibus interim creditor sustinet. *L. periculi. hic.* Cuius rei exempla hæc affert: si pecuniam ad apparatum manumissionis, vel ad profectionem tibi credidissem, ut, si manumittas quos voluisti, pecuniam mihi cum usuris, aut alia summa reddas: si hac conditione, ut, si illud facias, reddas; non reddas, si non facias: si medico credidero, ut, si convalescerem, non redderet: reciperem autem, si intra illud tempus non convaluero. Nonnullaque item alia ab illo explicantur, in quibus omnibus putat, conditione pænali quavis, quæ vel expressa erat, vel intellecta existente, qua existente convenit, ut pecuniam reciperem, non tantum ipsam pecuniam, quæ credita est, exigi posse: sed etiam quod præter sortem vel solo pacto promissum est, propter periculum.

Excipit Scævola † eas caussas, in quibus 11
pecuniam dando res in aleæ speciem cadit. *Si modo*, inquit, *in aleæ speciem non cadat.* Deinde exempla subiicit ea, in quibus osten-

ostendat, rem in aleæ speciem non cadere. Cuiusmodi sunt *ea*, inquit, *ex quibus conditiones* nascuntur, vel *nasci solent*, significans, eas conventiones ab aleæ specie remotas esse, in quibus conditio ducta est ex iis factis, quæ usum in rebus et negociis humanis habent, et ex quibus vulgo conditiones nasci solent: tametsi eæ conditiones ex fortuna forte pendeant, ut illa, *si pisces ceperis*, *si viceris*, quæ postea ab eo subiiciuntur. Ex quo illas in aleæ speciem cadere innuit, cum sola recipiendæ pecuniæ spes sine ullo alio negocio civili aut ex fortuito tesserarum iactu, aut punctorum conversione, ut in chartis nobis suspenditur, in quibus omnibus inest alea. Denique cum lucrum ex alea captatur hac conditione puta, ut si ille iactus ceciderit, pecuniam amittam: sin minus, ut eandem pecuniam, et alterum tantum recipiam. Quibus

12 † non dissimile est, quod in eo ludicro fit, quod vulgo et in Gallia, et in Italia exercetur, quam *Blancam* vocant, cum pecunia ita confertur a multis, et magistro ludi datur, ut si qua chartula ad nomen responderit forte sumpta: is, cuius nomen est, præter pecuniam aliquid ferat. Has conventiones nimirum improbat Scævola: quia in speciem aleæ cadant.

13 † Certum autem ius est, nec de eo, quod ex alea debetur, actionem esse: et de eo, quod amissum est, esse repititionem. *L.* 2. 3. *et ult. supra de aleæ lusu.*

Restat, ut, cum traiectitia pecunia, aut alia simili aliqua conditione data est, eius conventionis vim consideremus. Et apparet,

† cum conditio evenerit, pecuniam peti posse cum usuris. 14

Quid, si convenerit, ut intra certum tempus ea solveretur, et nisi daretur, pœna subiecta est, ut fieri assolet? Et extant de huius generis conventione, quando pœna committatur, nonnulla capita sub hoc titulo ad hanc sententiam, ut si eo die pecunia soluta non sit, qui primus solvendæ pecuniæ venit: pœna committatur, etiam si nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet. *L. ult. hic.* Nec iniuria, cum ea pecunia ex conventione, non ex mora debeatur. Quod tamen sic accipiendum est, nisi ante ea pecunia creditori oblata sit, ac per eum steterit, quominus eam acciperet. *L. penult. hic.* Non enim ut de mora disputavimus, debet reus teneri conditione existente, qui non teneretur, si moram creditor in pecunia accipienda non fecisset. *L. qui decem, de solut.*

Dixi de usuris. Nunc dicam de fructibus, qui rebus petitis, una cum re veniant, et quo ex tempore eorum ratio in singulis iudiciis habeatur.

CAP. III.

De Fructibus.

SUMMARIA.

1. Fructus *unde dicatur.*
2. Frui *quid sit.*
3. *Fructus proprie quid sit.*
4. *Quid in latiori significatione* ,et n. seqq.
5. *Fructus rei est etiam pignori dare licere.*
6. *Usurae vicem fructuum obtinent.*
7. *In bonae fidei iudiciis ratio habetur moris, et consuetudinis.*
8. *In omnibus iudiciis post litem contestatam fructus cum re petita restituendi, etiam qui percipi potuerunt*, et n. 51.
9. *Iudici omnium rerum officium incumbit, quaecunque in iudicio versantur.*
10. *Iudicis officio tale quidque reddendum, quale fuit, cum peteretur.*
11. *Nec nudae proprietatis, neque usufructus petiti computantur fructus.*
12. *Fructus ante litem contestatam percepti an veniant in restitutionem. Ac primum an restituendi in actionibus in personam*, et n. seqq.
13. *Veniunt, si convenerit, ut cum re et fructus praestarentur.*
14. *Quid contineatur fideicommisso si heres rogatus sit* quicquid ex bonis supererit *post mortem suam restituere, vel* quicquid ad se pervenerit *ex bonis defuncti restituere.*
15. *Stipulatio* rem dari, vacuamque possessionem tradi, *quid contineat.*
16. *An rei debitae fructus post moram debeantur*, et n. seqq.
    Debentur in bonae fidei iudiciis, in legatis, et fideicommissis: non tamen in aliis iudiciis stricti iuris, ibid.
17. *Contrariis argumentis occurritur*; et n. seqq.
19. *Id quod interest, in strictis iudiciis post moram debetur ex obligatione faciendi, non ex obligatione dandi*, et n. seq.
20. *Bartoli sententia reiicitur.*
21. *Fructus in strictis iudiciis debentur ex eo die, quo primum condictio nata est, ubi rem nostram petimus, quae apud alium sine caussa sit. Exponitur* L. videamus, 38. D. de usur. *et n. seqq.*
23. *In condictione ob caussam dati, caussa non se-*

SED primum videndum est de verbo, cuius vis late patet. Aliter enim quod quærimus, et quid in hanc restitutionem, *fructum* nomine veniat, intelligi non potest.
1 Ac † *fructus* quidem a *fruendo* dici constat.
2 † Est autem *frui* re aliqua, quæ eius rei commoda sunt, percipere, eaque ipsa ad usum suum, utilitatemque transferre. Hinc fructus rei, quicquid res ad usum nostrum
3 pariat. Itaque † proprie fructus dici eos certum est, qui ex corpore cuiusque rei percipiuntur, ut ex agris frumenta, legumina: ex arboribus nuces, poma: ex animalibus animalium fœtus, lac, pilus, la-
4 na, et cætera eiusmodi. † At hac similitudine omnis obventio, omnisque reditus, qui ex re quaque percipitur, etiam si extrinsecus venit, generaliter vel fructus dicitur, vel in fructu numeratur. *L. usufructu legato, de usufruct.* Cuiusmodi sunt prædiorum urbanorum pensiones, quæ ex locationibus percipiuntur, cum alioqui prædia ex sese nullum fructum pariant: itemque cæterarum rerum locatarum mercedes, servorum operæ, vecturæ navium, atque iumentorum. *L. ancillarum, et L. mercedes, de petit. hæredit. L. Prædiorum, et L. videamus, hic.* L. *cum servus legatus*, §. *de legat.* 1. Ex quo efficitur, ut, cum de fructibus restituendis agetur, ista omnia æstimentur, in eamque restitutionem veniant, *d.* L. *videamus, et* L. *cum servus, de legat.* 1.

Quin etiam si res erit aliqua incorporalis, puta ius eundi agendi, quod petitum sit, in fructibus numerabitur, si quod erit commodum eius, quod petitor habere posset, si sibi ea re uti licuisset: ideoque id æstimabitur etiam in rei restitutione. Finge, aliquo incommodo esse affectum, dum difficiliore, aut longiore via usus est, et pluris ob eam caussam operas in fundum conduxisse, aut etiam aliunde servitutem vel emere, vel pluris conducere coactum, *d.* L. *videamus, in fin. hic.*

Itaque res eo evasit, ut in fructu cuiusque rei esse intelligatur commodum omne, omnisque utilitas, quam ex usu eius rei percipere liceat. Inde dictum est, † fru- 5
ctum rei esse, vel pignori dare licere. L. *ult. hic.* Quid enim, si dum fundum meum detines, et eius mihi controversiam facis, non potui pecuniam mutuam reperire ad evitandam vel pœnam, vel aliud incommodum ob id, quod fundum non habui, quem pro ea pecunia pignori darem, cum alioqui paratus esset, qui mihi pecuniam crederet, si certum pignus illi constituerem? Hiccine parvum commodum rei meæ esse intelligitur in eo, quod pignori dare po-

potui? Ergo hoc commodo quia carui, quod rem non dares, id similiter, ut in fructibus, æstimabitur.

6 Hinc etiam vere dictum est, † usuras vicem fructuum obtinere: quippe quæ locata pecunia ex eius usu percipi possint. L. *usuræ*, *hic*. Quam ob caussam fit etiam, ut earum ratio in bonæ fidei iudiciis, et legatis post moram habeatur: scilicet, quia in his post moram debeantur fructus. Re vera tamen in fructu non sunt: quia neque ex corpore rei percipiantur; neque, si verum iudicare volumus, ex usu rei, cum pecuniæ nullus sit usus, nisi pecunia consumatur. Qui usus rei non est, sed abusus. Quo pertinet L. *usura*, *de verb. signific*. Quo fit, ut, nec post litem contestatam in stricti iuris iudiciis usuræ peti possint, cum alioqui omnes fructus rei ex eo tempore æstimentur. Nimirum in iis rem,
7 uti est, sic expendimus. † In bonæ fidei iudiciis moris, et consuetudinis ratio ducitur. L. *quod si nolit*, §. *quia assidua*, *de ædil. edict*. Moris autem est pecuniam fœnerare, ex qua usuram colligamus. Ideoque earum in his iudiciis rationem habemus.

Ac de vi huius verbi satis. Nunc ubi fructus, et ex quo tempore restituendi sint,
8 videamus. Iam † primum illud extra omnem controversiam est, in omnibus tam in personam, quam in rem actionibus post litem contestatam fructus omnes esse una cum re petita restituendos, non modo eos, qui percepti sunt, sed etiam qui percipi potuerunt. Si quidem omnis caussa post id tempus restituenda est, hoc est id omne, quod petitor haberet, si eo tempore, quo res petita est, restituta esset: in quo genere sunt fructus. Id quod cum primo in actionibus in rem constitutum esset, L. *illud*, *de petit. heredit*. L. *Præterea de rei vindicat*. post etiam ad extremum in actionibus in personam receptum est. *L. videamus*, §. *si actionem*, *hic. L. cum fundus. in prin. si cer. pet*. Quod nunc non ita dicimus, si mora facta sit, fructus post litem contestatam esse restituendos: sed etiam si facta non sit. *L. 3. hic*. Id ex eo efficitur vide-
9 licet, quod † iudici statim, atque iudex factus est, omnium rerum officium incumbit, quæcunque in iudicio versantur: ne cui forte novum videatur, eius rei in stricti iuris iudiciis rationem haberi post litem contestatam, cum res ipsa deberetur, non fructus. L. *Ædiles*, §. *sciendum*, *de ædil.*
10 *edict*. † Est autem longe æquissimum iudicis officio tale quidque reddi, quale est, cum petitur. *d. L. vulgo*, *L. videamus*, §. *si actionem*, *hic*. Quod sane non hoc loco tantum, sed in omnibus aliis, cum fructus restitui dicemus, sic accipiendum erit, si etiam rei petitæ ulli sint fructus. † Quid 11
enim, si res petita sit ab eo, qui nudæ proprietatis dominus erat? hic quidem, re etiam recepta, nullos fructus percepisset. Quid, si ususfructus petitus sit? ususfructus fructus non recte computabitur. Quod ego non monerem. (est enim in promptu) nisi apud Caium *hic* exstaret in *L. videamus*.

Ac post litem quidem contestatam de fructibus restituendis, ut dixi, ius certum est.
† Num etiam qui ante litem contestatam 12
percepti sunt, æstimandi sunt, saltem post moram, iuris est non perinde explorati. In quo explicando genera actionum nobis distinguenda sunt. Aliud enim in actionibus in rem iuris est de possessoribus rerum nostrarum, aliud in actionibus in personam de iis, qui nobis rem aliquam ex obligatione, debeant, in qua reddenda moram fecerunt. De actionibus in rem posterius videbimus. Nunc de actionibus in personam dicemus.

Ac primum † neminem hic iuste dubita- 13
turum arbitror, si ita convenerit, ut una cum re fructus quoque eius statim præstarentur, quin ex ipso obligationis contractæ die fructus peti possint, quia id ita actum
sit. Cuius rei in legatis exempla sunt, † 14
si rogetur heres, quicquid ex bonis supererit, post mortem suam Titio restituere, in quo non tantum corpora, quæ supersunt, sed fructus omnes iure voluntatis post mortem heredis restitui oportet, si quis item rogatus sit, quicquid ad se pervenisset ex bonis defuncti, id alii restituere: in quo omnia quæ ad illum pervenerunt, continentur: quamvis forte restitutio eius fideicommissi in certum tempus dilata in favore fideicommissarii. L. 3. §. *nonnunquam. et* §. *sequen. cum Pollidius*. L. *mora*, §. *1. et seq. hic*. Idemque in omni stipulatione, atque alia conventione intelligendum est, si nominatim id convenerit. Cuius ge-
neris exemplum est in hac stipulatione, † 15
si quis ita stipulatus sit, *rem dare*, *vacuamque possessionem tradi*. Hic enim propter inferiora verba, *vacuamque possessionem tradi*, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu creditor consequetur, ut Papinianus *hoc titulo* scribit in L. 4. Non quod horum verborum, si per se sola in stipulatum deducta sint, ea vis sit, ut fructus iis contineatur: L. 3. §. 1. *de act. empt*. Sed quod in stipulatione proposita illis verbis superioribus, *rem dari*, subiecta non aliam sententiam habere intelligantur, nec ob aliam caussam adiecta, nisi ut non

non res solum, sed fructus etiam rei caperentur. Alioqui, ut fructus non præstentur, satis erat quem stipulatum esse rem dari. Nunc cum illud præterea adiecerit creditor, *vacuamque possessionem tradi*, non rei solius datione contentus fuisse videtur, sed præterea aliud requisisse, nempe, idest non vacuam rei possessionem, sed effectum vacuæ possessionis cogitasse. Nisi forte frustra hæc verba inferiora adiici putamus. Quod admittendum est, arg. L. *si quando*, *in princ. de legat.* 1. Itaque non singulas hasce stipulationes, *rem dari*, aut, *vacuam possessionem tradi*, fructus continere, nunc dicimus. Multis hoc quidem locis, minimeque dubiis testatum est, non contineri. *d. L.* 3. §. 1. *de act. empt. L. si filiusfam.* §. *ult. L. in conventionalibus*, §. *ult. de verb. obligat.* Sed quod hæc verba inter se coniuncta, et conduplicata sint: id vero esse caussæ dicimus, cur in ea stipulatione fructus contineantur. Continetur etiam et partus, quanquam hic in fructu non sit. *L. equis*, *L. in pecudum*, *hic.* Qui tamen non contineretur, si solum *rem dari* quis stipulatus esset. His enim verbis sive factum nudum rei promittendi spectes, nihil aliud continetur, nisi ut res, quæ promissa est, tradatur: sive effectum dominii transferendi cogites, ut re danda creditor dominus efficiatur: nihil, nisi res ipsa dari debebit. Est enim aliud res ipsa, aliud rei partus. Idemque etiam vel multo magis in emptore dicendum sit, si idem novandi animo stipulatus fuerit. Quia hoc casu venditor, non de effectu dominii cogitasse, sed de tradenda solum re intelligatur. Veruntamen, ut dixi, propter inferiora verba partus etiam continebitur *d. L.* 4.

Sed ne hæc quidem, ut proposui, ullam dubitationem habent, in quibus voluntas
16 contrahentium, aut testatoris ius facit. † De eo queritur, si res sola aliqua in obligatione erit, quæ tamen non statim a debitore soluta sit, qui fructus interim ex ea re aut percepti sunt, aut percipi potuerunt, si statim soluta esset: utrum una cum re petita hi æstimandi sint, necne, si minus ex quo res deberi cœpit, at saltem post
17 moram debitoris. † Et receptum est in bonæ fidei iudiciis, nec non in legatis, et fideicommissis post moram omne commodum rei petitori præstandum esse: ita etiam et fructus, et partus. *L.* 3. *in princip. L. equis*, *L. mora*, 1. *L. usuræ*, *hic.* In stricti iuris iudiciis nullo modo, nisi pro iure perpetuo quod a nobis supra expositum est, tum, cum iudicium acceptum fuerit. *L. videamus*, §. *si actionem*, *hic.*

Nec moveor, † si quis obiiciat etiam in 18
his id, quod interest, præstandum esse post moram: ergo etiam fructus, cum nostra intersit fructus percepisse. Nam † in 19
ea sum sententia, ut ne id quidem, quod interest, post moram in strictis iudiciis venire putem in re debita non soluta: tantumque existimem, id præstandum esse in faciendi obligationibus, cum id factum non est, quod fieri debuit. *L. si quis ab alio*, §. *ult. L. si calendis*, *de re iudicat.* L. *stipulationes non dividuntur*, §. *Celsus*, *de verb. obligat.* Itaque concedam, eum, qui certa die fundum præstari stipulatus sit, si per promissorem steterit, quominus eo die præstetur, consequi debere, quanti intersit sua moram factam non esse: scilicet quia eo die factum non sit, quod fieri debuit, ac non propter moram tantum. L. *si fundum certo die*, *de verb. obligat.* Illud non concedam, qui rem simpliciter dare promiserit, si interpellatus moram fecerit, ex eo tempore fructus, vel quod interest, stipulatorem consequi posse, quia verum non sit, reum non fecisse quod promiserit. Ut enim hodie non det, cras tamen dare poterit. At hoc solum dare promisit.

Quod sit certus dies adiectus sit: hic quoque haud scio, an recte dixerim, id quod interest, ex eo tempore præstandum esse, propterea quod id actum sit. Et sane de mora non aliud constitutum est in his iudiciis, nisi ut post moram perpetuetur obligatio. L. *si servum*, §. *sequitur*, *de verb. obligat.* Quo non arguitur, etiam fructus ex eo tempore, cæterasque accessiones deberi. Ut enim, cum res ipsa exstat, quæ in stipulatum deducta est, non idcirco fructus deberi intelliguntur: ita nec cum res exstare fingitur, quod fit post moram. Nam † illud non est probabile, quod 20
a Bartolo in hac re dicitur, fructus quidem peti posse mora facta, verum non tanquam fructus, sed tanquam id, quod interest. Et addit longe hæc diversa esse. Quid enim si homo aliquis nobilis fundum petat ab homine rusticano? Potuit, inquit, rusticanus iste fundum, ut pro instituto vitæ diligentissime exercendo, uberrimos fructus capere: non item nobilis, qui tantum operæ in colendo non sumeret. Sic fit, ut si post moram fructus præstandi sint, ii sint præstandi, quos rusticanus possessor perciperet. Sin tanquam id, quod interest, in restitutionem, et condemnationem venient: id tantum æstimandum sit, quod ipse petitor percepturus fuerit. Idest enim, quod eius interest, quod ipse habuerit. Quod

qui-

quidem mihi ridiculum videtur. Quasi vero nobilis iste, quem fingit, alias operas rusticanas adhibere non potuerit, per quas eodem modo fundum colendo tantundem perciperet. Non enim hoc loco quærimus, quid ipse petitor per se ipse percipere potuerit, qui nunquam fortasse fundum attingeret: sed quid per alios. Quod cum de fructibus post moram agitur æstimandum est. L. *fructus*. L. *si navis*, §. *ult. de rei vindicat.*

21 Enimvero † quod fructus negamus in stricti iuris iudiciis post moram præstandos esse, de iis actionibus accipiendum est quibus eam rem petimus, quæ nostra non fuit, certe non ob id petimus quod nostra fuerit, sit autem apud alium sine caussa, *d. L. videamus*, §. *si actionem.* Quod si ea actio sit, per quam eam rem petamus, quæ nostro fuerit, ob eam caussam, quod sit apud alium sine caussa: quo in genere sunt omnes speciales condictiones de rebus nostris repetendis, quæ ad alios sine caussa pervenerunt, ut condictio ob caussam dati, caussa non secuta, condictio indebiti, condictio sine caussa: in hoc genere, inquam, non tantum res ipsa condicetur, sed etiam fructus. At non ex mora tantum, ut vulgo putant, sed ex ipso die obligationis contractæ, idest ex quo res nostra ad alium pervenit. Hucque referri debet, quod Paulus hic de iis tractat in *L. videamus*, *in prin.* quanquam parum ad id quidem, quod quærimus, enucleate. Fructus enim restituendos in iis esse dicit, neque illud explicat, de quo maxime dubitabatur, ex quo tempore. Deindeque omnes alias actiones, de quibus postea loquitur, confundit. In omnibus enim hoc solum scribit, fructus præstandos esse, ut in superioribus: cum tamen constet, magnum esse inter omnes eas discrimen pro ea distinctione, quæ hactenus a nobis exposita est.

22 † Sic igitur nobis hic locus expediendus est, ut statuamus, in his actionibus, et condictionibus fructus omnes restitui debere, ex quo die primum nata condictio est.

De fructibus quidem perceptis dubitandum non est, quin eatenus restituendi sint, quatenus ex iis ad debitorem pervenerit. Naturalis enim in his restitutio est, nec quicquam magis naturale, quam ut quod nostrum est apud alium sine caussa, id restituatur, nec quisquam cum aliena iactura locupletior fiat. *L. 1. de condict. sine caus. L. indebiti. L. nam hoc natura L. si non sortem*, §. *libertus. de condict. indeb. L. qui se debere*, §. *ult. L. cui quis*, *de condict. ob causs. dat.* De eo, sola prope quæstio est, si quid ad possessorem pervenire potuit fructuum, nec pervenit: an æstimari debeat. Et † puto dicendum esse, 23
in eo genere, cum quid ob caussam datur, ut aliquid fiat, si id factum non sit, etiam eorum fructuum habendam esse rationem, quos bona fide percipere potuit. Huius enim diversa est caussa a cæteris, quod qui ob caussam acceperit rem aliquam scire debuerit, si ea caussa non sequeretur, rem sibi esse restituendam: ut merito interim eam non debuerit negligere, idque facere sit contra bonam fidem. Hucque pertinere interpretor rationem illam Pauli in *d. L. videamus*, cur debeat sponsus renunciata affinitate fundum doti acceptum restituere cum fructibus. *Quia*, inquit, *si aliter statuerimus*, idest si non convenietur ad restituendos fructus, *licuerit ei fundum negligere.* Quibus verbis declarat, non licere fundum in hac caussa impune negligere, eoque nomine, si neglexerit, teneri debitorem, etsi fructus non perceperit. Hoc cum in una caussa dotis ob caussam datæ a Paulo probatum sit: non est, quod putemus, in hac tantum caussa valere, ac non etiam in cæteris similibus. Veruntamen, † dummodo 24
fundum hic non negligat, dum colat modo pro sua industria, etiam si plus percipere fructuum petitor potuit: nego, eorum fructuum rationem aliter habendam esse, quam si iudicium acceptum sit: quia in his iudiciis non præstentur fructus ante litem contestatam, aut si præstentur, ex caussa naturali præstentur, non ex mora.

His autem condictionibus similes sunt † 25
eæ actiones, quibus id, quod de nostro ex maleficio apud alium est, repetimus: ut de vi interdictum, actio de eo, quod metus caussa, condictio furtiva. In quibus ex ipso tempore maleficii fructus omnes, atque omnis caussa repetitur: sed quæcunque esse potuit. *L. 1.* §. *ex die. unde vi. L. in re furtiva*: §. *ult. de condict. furt. et hic. in L. videamus.* Quippe his actionibus id petimus etiam, quod nostrum fuit, et ob id petimus, quod sine caussa, ac maxima quidem iniuria ad alium pervenit.

Quamobrem † non idem dicendum erit 26
in actione Pauliana, et Faviana, per quam, quæ in fraudem creditorum alienata sunt, repetuntur: tametsi perturbate admodum id Paulus hoc loco significare videatur *d. L. videamus*, §. *in Faviana.* In quo ego lumen docendi desidero. Sed, ut dixi, in iis actionibus fructus ante litem contestatam percepti a possessore non restituuntur, idque ex aliis locis constat. *L. ult.* §. *non solum*, *quæ in fraud. credit.* Et ideo, inquam, non restituuntur, quia non sine caussa

sa ad illum res pervenit, nec sine voluntate ipsius debitoris, eiusdemque domini: sed ideo solum repetitur ex edicto Prætoris, ne creditoribus fraus fiat.

Ac de actionibus in personam, quæ sit in iis fructuum restituendorum ratio, satis
27 diximus. † De actionibus in rem, qui possessores quos fructus ante litem contestatam restituere debeant, videamus. In quo
28 longe diversa est possessorum ratio. Nam † malæ fidei possessor is, qui rem alienam esse non ignoravit, nulla ratione fructus ex re aliena perceptos suos facit, et ob id omnes restituere cogitur: extantes quidem, necdum consumptos, quia ad dominum soli pertinent, rei vindicatione: consumptos autem condictione sine caussa, quia sine caussa apud illum sint. *L. mala, C. de condict. sine causs. L. si urbana, de cond. indeb. L. 4. §. post litem, fin. reg. L. ne-*
29 *que, hic. L. certum, C. de rei vind.* †
30 Bonæ fidei autem possessor, † qui eum, a quo ex iusta caussa rem accepit, aut dominum esse putavit, aut ius transferendi dominii habere (sic enim definitur in *L. qui a quolibet, de contrah. empt. L. bo-*
31 *næ fidei, de verb. significat.* † quod fecisse in re dubia unusquisque existimatur, nisi contra probetur. *L. penult. C. de evict. L. si creditor, C. de pigno. act. L. quoties, §. qui dolo, de probat.* hic, inquam, possessor quoniam iure gentium fructus suos certo modo facere dicitur, alios autem nequaquam alii acquiri: ex hoc iure quos restituere debeat, quosque non debeat, æstimandum est. Nam quos constiterit fructus illi non acquiri, eosdem etiam illum restituere debere consentaneum est. Quos contra intellectum erit ad illum pertinere: hos illum dicemus non esse æquum, minimeque consequens invitum reddere.

32 Ac primum illud certum est, † extantes adhuc fructus, et ut nunc intelligi volo, pendentes, quique adhuc a solo separati non sunt, partem esse fundi; *L. fructus pendentes, de rei vindic.* eaque ratione fieri, ut ad alium pertinere non possint, quam qui ipse fundi dominus est. Ex quo Herennius Modestinus *hic* respondit in *L. Herennius*, fructus, qui post acquisitum ex caussa fideicommissi dominium ex terra percipiuntur, ad fideicommissarium pertinere, licet maior pars anni ante diem fideicommissi cedentem præterisse dicatur. Non enim refert, quanto tempore fundus ab herede possessus sit, fructibus adhuc pendentibus. Cum dominium semel fideicommissario ac-
33 quisitum sit, † fructus autem non iure seminis, sed soli percipiantur: *L. qui scit, hic*: non possunt cuiusquam alterius fructus esse intelligi, qui nunc in fundo reperiuntur, quam eius ipsius, qui fundi dominus est. Eademque ratione etiam dominus una cum re fructus quoque pendentes recte vindicabit nec eos bonæ fidei possessor tanquam a se satos retinere poterit. *L. si postea supra de rei vindic.*

De perceptis et a solo separatis videamus. † Ius in hac re tale est, bonæ fidei 34
possessorem percipiendo fructus etiam ex aliena re suos facere, in iisque percipiendis loco domini pene esse. Denique etiam priusquam percipiat, illius esse statim, ubi a solo separati sint. L. *bonæ fidei, de acquir. rer. dom.* † Id est enim percipere fru- 35
ctus, a solo separare. Perceptique dicuntur, qui terra teneri desierunt. L. *usufructuarius messem, quib. mod. ususfr. amitt.* Ex quo tempore illius fieri dicimus.

Sed † intelligendum est, eos demum fru- 36
ctus ex hac caussa fieri bonæ fidei possessoris, qui opera et cultura hominis pervenerint, veluti serendo: eos autem, qui sine facto illius nati sunt, percipiendo, eius non fieri, veluti si pomum decerpserit, vel ex sylva cæciderit. *L. fructus, hic.* Huc referri debet, quod Iustinianus in §. *si quis a non domino, de rerum divis.* scribit, naturali ratione fructus fieri bonæ fidei possessoris pro opera et cultura. Quæ ratio ad eos fructus pertinet, qui opera et diligentia pervenerunt.

Neque refragatur † Paulus, cum ita scri- 37
bit, bonæ fidei possessorem fructus percipiendo suos interim facere, non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes. L. *bonæ fidei, de acq. rer. do.* Hoc enim iam inter omnes convenit, sic accipiendum esse, non solum eos fructus suos facere, qui eius diligentia percepti sunt, sed omnes, etiam qui eius diligentia et cura non pervenerunt. Hocque ipsum est, quod hoc titulo disputat Iulianus in L. *qui scit*, §. 1. Fructus in fundo alieno satos, qui bona fide a Titio possidetur, fieri bonæ fidei possessoris, quamvis vel ab alio sati sint, vel etiam ab alio a solo separati: id est omnes satos, quacunque tandem diligentia pervenerint, ac percepti sint, sive ipsius possessoris bonæ fidei, sive alterius cuiusquam. Idque probat domini argumento, cuius fructum esse diceremus a quocunque satum, et perceptum, si nemo alius bonæ fidei possessor esset. *Porro bonæ fidei possessor*, inquit, *in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis prædiorum tributum est.* Ergo et illius fient

fru-

fructus, quocunque tandem modo sati a solo separati fuerint.

38 Atque hoc loco, † quos fructus dicamus non sine opera et cultura hominis pervenire, intellectu facile est. In agris, exempli gratia, ii fructus opera nostra, et facto nascuntur, qui, ut nascantur, satione indigent, ut frumenta omnia, ut legumina, et segetes: vel qui, ut seri non necesse sit, sine cultu tamen exsistere non possunt. Quo in genere sunt vineæ, quæ, ut fructum ferant, magnam in primis possessoris culturam, et diligentiam desiderant, nec sine ea diu fructum ferre possunt.

39 In animalium genere † omnis fructus, qui ex corpore percipitur, in hoc numero habetur, puta agni, suculi, hœdi, omnisque pecudum fœtus, item earum pilus, lac, et lana. Et ideo scribit Caius, agnos, vitulos, hœdos, suculos statim pleno iure fieri possessoris in L. *in pecudum*, *hic.*

Nec quenquam moverit, quod, ut ista nascantur, nihil opera hominis opus esse videatur, quod preguans vacca sua sponte paritura sit: quod lac, pilum, aut sanam natura sua ferant. Hæc enim per se quidem nullam operam, et factum hominis, ut eveniant, desiderare videntur. Ipsa animalia desiderant, quæ, nisi pascantur, nisi alantur, nisi colantur, fructum omnino non ferant, ac ne ipsa quidem sine iis constituta sint. Itaque quod vivunt, et illa ferunt, culturæ acceptum ferre debemus.

40 Contra autem † is fructus sine facto hominis nasci intelligitur, qui neque sationem requirit hominis, et cum sata res fuerit, ex ea sua sponte deinceps sine alia hominis opera nascatur, veluti ex arboribus poma: quæ constat ipsas arbores sponte naturæ reddere. Ergo et olivæ bonæ fidei possessoris non fient: quæ nullam nec diligentiam, nec curam desiderant. De quibus Virgil. *Lib.* 2. *Georg.* ita scribit:

Contra non ulla est oleis cultura, nec illæ
Procurvam expectant falcem, rastrosque tenaces,
Cum semel hæserunt arvis, aurasque tulerunt.

Et quæ sequuntur præterea in eandem sententiam. Testis est etiam Plinius in principio *Lib.* 15. Nam quod Paulus in *L. si eius*, §. 1. *de rei vindic.* de bonæ fidei possessore loquens, quem ait fructus percipiendo suos facere, exemplum de excussa olea affert, eo pertinet, ut intelligatur, quando perceptus fructus videatur, quod ille explicare volebat: non ut significet, hanc quoque fieri bonæ fidei possessoris. Illud quidem certe inter omnes constat, sine facto hominis tam nasci, quam reliqua poma: de quibus tamen extat Pomponii sententia in *L. fructus*, *hic.* In quo genere est sylva cædua, ut quæ succisa rursus ex stirpibus, aut radicibus sponte renascatur, *d. L. fructus*, *hic. L. sylva*, *de verb. signific.* Eiusdemque generis est et pratum, utpote in quo ad fructum percipiendum falce dumtaxat opus sit. Itaque † 41 inde dictum est, quod *paratum* esset ad fructum capiendum. *L. pratum*, *de verb. signific.*

Cum autem certi iuris sit, superiores illos fructus facere suos bonæ fidei possessorem percipiendo: *L. fructus*, *hic. L. bonæ*, *de acq. rer. do.* sit autem hoc, ut dixi, *percipere* idem, quod a solo separare, ut iam amplius terra non teneantur: unde tot locis traditum, et inculcatum est, † 42 fructus fieri bonæ fidei possessoris simul atque a solo separari sunt, a quocumque separati sint, etiam si adhuc in solo ipso, unde decisi sunt, iaceant: *L. qui scit*, §. 1. *hic. L. bonæ fidei*, *de acq. rer. do. L. si eius*, *de rei vind. L. si usufructuarius messem*, *quemad. ususfr. amit.* cum, inquam, hæc ita sint: quid iam de horum restitutione, deque iure possessoris velimus, apparet. † Sequitur enim, ut dicendum sit, 43 si bonæ fidei possessoris fiunt simul atque a solo separati sunt: cum res ipsa vindicabitur, et de iis iam perceptis, quamvis nondum consumptis, agetur, non debere illum hos fructus restituere. Omninoque sic statuo, fructus perceptos a bonæ fidei possessore, quamvis nondum consumptos, nullo modo restitui debere.

Non me fugit, cum id dico, quid suscipiam. Scio enim ab omnibus prope interpretibus iuris eam sententiam magno consensu ad hæc usque tempora receptam esse, et quasi per manus traditam, ut fructus existiment adhuc extantes, id est, ut intelligunt, nondum consumptos restitui oportere. Nec quisquam est ex omnibus, quos quidem legerim, aut audierim, qui eam sententiam vel nutu infirmare conetur. Sed, si illud verum est, quod posui; atque ita verum est, ut nemo ex iis, qui contra sentiunt, negare ausit, bonæ fidei possessoris fructus fieri percipiendo, id est simul atque a solo separati sint, ut non sit expectandum, dum consumantur, ut eius fiant: non vereor, ne hoc, quod necessario consequitur, temere suscepisse videar, ut statuam: illum fructus perceptos, quam-

quamvis nondum consumptos, restituere non debere.

Pro qua sententia tam multa faciunt, ut mirum mihi quidem videri soleat, aliud illis in hac re probari potuisse. Primum illud, quod Iulianus hic scribit in *L. qui scit.* bonæ fidei possessorem in fructibus percipiendis idem iuris habere (de satis enim loquitur) quod dominis prædiorum tributum est. Ex quo ille colligere vult, quomodo si alius possessor bonæ fidei non esset, fructus domino fundi acquirerentur: eodem modo effici bonæ fidei possessoris, si ab ipso percepti fuerint. Quis autem dixit unquam, cum fructus a domino percepti essent, illum restituere alii debere? Nisi forte putamus, bonæ fidei possessorem, cum fructus perceptos retinere non possit, tantum iuris habere, quantum dominus, ad quem hi iure pertinent: nec, cum pertineant, eos restituere cogitur. Non enim ad rem pertinet, si quis dicat ideo tantum iuris habere, quod his consumptis non teneatur. In percipiendis enim fructibus tantum iuris habere dicimus, non in consumendis. Unde tam diligenter in hoc genere traditum est, quid sit percipere, et perceptos fructus videri simul atque a solo separati sunt. *L. si usufructuarius, quib. mod. ususfr. amit. L. bonæ, de acqu. rer. do.*

Eodem pertinet, quod idem Iulianus subiungit, bonæ fidei possessorem cum fructuario comparans, plus iuris eum habere in fructibus percipiendis, quam fructuarium. *d. L. qui scit, §. præterea, hic.* Non fuit contentus dicere idem iuris: adiecit plus iuris illum habere. Hoc autem fructuarii ius est in percipiendis fructibus, ut, cum ipse perceperit, quamvis stipula adhuc iaceat, fiat tamen eius, et ad heredem suum id transmittat, quamvis existat proprietarius, qui, mortuo eo, fundum vindicet. L. *si usufructuarius messem, quemad. ususfr. amitt.* Sit ergo idem iuris in bonæ fidei possessore, tanto magis, quod ipse plus iuris in percipiendis fructibus habet, quam fructuarius, cum fructuarii fructus non fiant, nisi ipse perceperit: *d. L. si usufructuarius messem. L. si fur. de usur.* Bonæ fidei autem possessoris, a quocunque fructus percepti sint. L. *bonæ, de acq. rer. do.*

Eandem vim habet, quod Pomponius *hoc titulo L. fructus*, bonæ fidei possessorem cum marito comparat, cui res ab uxore donata est: ut quemadmodum hic percipiendo ex re sibi donata fructus suos facit eos, quos suis operis acquisierit: sic etiam bonæ fidei possessores eosdem suos faciant, et eodem modo. Cui autem dubium est hic fructus ipsius mariti fieri perceptos, etiam si nondum consumpti sint? diserte hoc ab Ulpiano scriptum est in *L. de fructibus de donat. inter vir. et uxor.* Si hoc mariti ius, sit etiam ex hac sententia bonæ fidei possessoris.

Iam illud, quam aperte hanc sententiam confirmat, quod Caius scribit, agnos, et hœdos, et vitulos, quia in fructu sint pecudum, statim pleno iure fieri bonæ fidei possessoris? *L. in pecudum, hic.* Non dixit solum fieri, sed addidit pleno iure. Iam primum de extantibus, nec mortuis loquitur Caius, cum dicat, eos fieri possessoris statim. Eo quidem tempore, cum nascuntur, vivi sunt. Sed nec qui mortui sunt, recte dicantur esse bonæ fidei possessoris: quia qui per se non sint, fieri non possit, ut alicuius sint, sicut recte Cicero I. *Tuscul.* adversus imperitum adolescentem disputat, si mortui non sint, quod ille concesserat: ne miseros quidem esse mortuos, quia, ut miseri sint, etiam esse oporteat. Itaque ergo hoc intelligit Caius, fieri agnos bonæ fidei possessoris extantes, non mortuos, aut consumptos. Quid est autem quod addit, eos fieri pleno iure? An non id est sic fieri, ut ad plenum perfectumque dominium, et potestatem nihil desit? quomodo, usufructu ad proprietatem redeunte, dicimus, proprietarium incipere plenam habere in ea re proprietatem, §. *ult. de usufr. in Instit.* idest eam potestatem, ut nihil inde alii in ea iam liceat, totaque res in proprietarii iure, et potestate sit.

Est igitur valde absurdum dicere, eam rem pleno iure fieri bonæ fidei possessoris, quam invitus reddere cogatur. Quod quidem perinde est, ac si quis dicat, rem illius fieri pleno iure, nisi quod eam habere non potest. Cui non dissimilia sunt illa, cum dicimus, adesse alicui omnia, præter rem et amicos: nosse omnia, præter quam nare, et literas. Quæ quidem ideo ridicula sunt, quia repugnantia. Denique, si fructus non lucratur possessor, nisi consumptos: ita dicendum fuit, fructus fieri bonæ fidei possessoris consumptione, non autem perceptione.

Hæc cum tam aperte demonstrent, fructus fieri statim bonæ fidei possessoris, quamvis nondum consumptos: mirum videri potest, quid ita igitur in re tam aperte non plene fieri eius dicant, sed aliqua actione teneri, ut eos restituat. Sed multis locis traditum est scilicet, et fructus extantes restitui debere, et fieri fructus bonæ fidei possessoris, si consumpti sint. Quid igitur ad hæc concilianda afferunt?

Fru-

Fructus bonæ fidei possessoris fieri percipiendo intelligunt. Itaque etiam vindicari non posse confitentur: sed vel condictione, vel officio iudicis restitui debere dicunt. Ego autem etsi non ante aperte docuissem, fructus perceptos sic fieri bonæ fidei possessoris, ut pleno iure fiant, nihiloque magis eos restituere cogatur, quam aut dominus ipse, aut fructuarius, aut maritus, si eos percepissent, quibus aut non minus iuris habet bonæ fidei possessor, aut etiam plus habet: tamen qui hoc solum dicat, fructus fieri bonæ fidei possessoris, nisi illud probet, quod non est consequens, restituere debere: non video hic, quid iuris de rebus disserendi sibi sumere audeat. Quo iure enim quod alterius factum est, id ab eo invito auferri potest? *L. id quod nostrum, de reg. iur.* Repugnant hæc inter se, recte accipere, et invitum reddere. Hoc ipso argumento Cicero in *Topicis* colligit eum, cui ususfructus a primo herede legatus est, quamvis legatus non sit a secundo, si semel ei ususfructus acquisitus sit, mortuo primo herede usumfructum non amittere: eoque exemplo, ut quid sit repugnans, ostendat, utitur. Quod enim, inquit, semel testamento alicui datum est: id ab eo invito, cui datum est, auferri non potest. Repugnant enim recte accipere, et invitum reddere. Quare, si putant, bonæ fidei possessorem fructus nondum consumptos restituere debere: illud concedant, fructus, nisi consumptos, eius non fieri. Sin autem illud dant, quod negare non possunt, fructus percipiendo fieri bonæ fidei possessoris vel pleno iure: illud admittant necesse est, quod illi recte acquisitum sit, id invitum non amittere.

Postremo quod in hac re caput est, si percepti peti possunt, quo iure tandem peti possunt? Vindicari posse negant, cum sint bonæ fidei possessoris. Quid ergo? condici possunt? Minime, ut opinor. Quæ enim de bonis nostris apud alium sine caussa sunt, iustissima caussa est, cur repetantur, in eamque rem condictio sine caussa comparata est. *L. 1. in fi. de condict. sine caus.* Quam ob caussam et a malæ fidei possessore consumpti hac actione condici possunt. *L. mala, C. de condict. ex leg.* Adversus bonæ fidei possessorem autem, qui fructus percipiendo ratione naturali suos fecit, idest iustissima, et æquissima, §. *si quis a non domino, de rer. divis.* quæ tandem similis condictio esse potest? An vero officio iudicis repeti dicent, ut plerosque facere video? Multominus id convenit. Nec, si quid esset officium iudicis, viderent, hoc unquam in hac re tam inconsiderate dicerent. † Officio iudicis ea præstantur, quæ 44
post litem contestatam in rem ipsam petitam, aut circa rem eveniunt. Quæ vero ante litem contestatam acciderunt, ad iudicis officium nihil pertinent, nec in iudicium veniunt, nisi deducta sint, idque propria aliqua, et constituta in eam rem actione. *L. Ædiles, §. sciendum, de ædil. edict.* L. 1. *C. de ord. iudic.* Ex quo Paulus ista tempora distinguens in fructuum petitione, sic de iis fructibus, qui post litem contestatam restituuntur, loquitur, ut dicat, eos officio iudicis restitui: de iis autem, qui ante a malæ fidei possessore percepti sunt, sic, ut dicat eos condici, L. *neque, hic,* indicans eos duntaxat officio iudicis contineri, qui post litem contestatam percipiuntur: eos autem, qui ante percepti sunt, nisi condictione, peti non posse. Nunc autem de fructibus iam ante a bonæ fidei possessore perceptis omnis quæstio est: de iis, qui post litem contestatam restituendi sunt, non agitur. Sit igitur hoc conclusum, istos, de quibus loquimur, bonæ fidei possessoris sic fieri percipiendo, ut, cum recte suos fecerit, nullo modo eos restituere cogatur.

Huic sententiæ, ut iam antea ostendi, † 45
duo maxime opponuntur, quæ alios in contrariam sententiam induxerunt. Unum, quod rescriptis quibusdam cautum est, bonæ fidei possessorem ante litem etiam contestatam extantes fructus restituere debere. *L. certum, C. de rei vindic.* Id vero quid aliud est, nisi nondum consumptos, tametsi maxime percepti sint? Alterum, quod tam multis locis hæc sententia inculcata est, fructus bonæ fidei possessoris fieri, sed consumptos: item illum fructus lucrari ante litem contestatam perceptos, nec restituere debere, sed ita, si consumpti sint, *L. quæsitum, in fin. de acq. rer. do.* §. *si quis a non domino, de rer. divis. L. 4. post litem, fin. reg.* §. 1. *Inst. de offic. iudic.* ut ex iis liquido, sicut putant, intelligi possit, nisi consumpti sint, restituendos esse: recteque illic interpretari extantes restitui debere, idest nondum consumptos. Quibus ego breviter respondebo. Quod enim rescriptum est, extantes restitui debere, † ex- 46
tantes sic interpretor, non eos, qui nondum consumpti sint, sed exstantes, pendentes adhuc, et qui a solo non sint separati. Denique qui adhuc supra soli faciem extant. Ulpianus de hoc genere fructuum loquens: *Si pendentes*, inquit, *fructus iam maturos reliquerit testator, fructuarius eos feret, si, die legati cedente, adhuc pen-*

den-

dentes deprehenderit. Nam extantes fructus ad usumfructuarium pertinent. L. si pendentes, *de usufruct.* Extantes vocat, quos prius *pendentes* dixerat. Et nimirum extantes fructus, idem pendentes restituere debet bonæ fidei possessor, quia, ut maxime illos severit, ut illos ad maturitatem usque diligentia prosecutus sit: fundi tamen pars sunt, et ideo una cum fundo vindicantur. *L. fructus pendentes, de rei vindic.* Nec, quia ipse eos sevit, ideo consita tollere potest. *L. si postea, de rei vindic.* Fructus enim non iure seminis, sed iure soli percipiuntur. *L. qui scit. hic.*
47 † Quod autem sequitur, bonæ fidei possessorem fructus ante litem contestatam perceptos non restituere, si consumpti sint: propter eos fructus dictum est, qui bonæ fidei possessori sola perceptione non acquiruntur, idest eos, qui sine facto hominis nascuntur, ut si poma ex arboribus decerpserit, si fœnum collegerit, iuxta L. *fructus, hic.* Hi enim quamvis percipiendo non acquirantur possessori, ut initio diximus, sic tamen statuo ex superioribus locis fieri bonæ fidei possessoris, si sint consumpti. Nam hoc generaliter traditum est de omnibus, si consumpti sint, bonæ fidei possessorem restituere non debere. Nec ullus extat locus, in quo isti fructus excipiantur, qui sine facto cuiusquam nati sunt. Unde a Pomponio in *d.* L. *fructus*, sic definitum est, fructus istos non fieri bonæ fidei possessoris percipiendo: ut intelligeremus, sola quidem perceptione non fieri illius, at fieri tamen consumptione. Idque ita esse, vel illud maximo argumento est, quod de solo malæ fidei possessore hoc traditum est, fructus consumptos ab illo condici posse. L. *mala, de condict. ex leg.* Ex quo per contrarium intelligere possumus, non esse idem in bonæ fidei possessore.

48 Num † igitur eo usque tenebitur saltem, quatenus ex his locupletior factus est? Non puto. Hoc enim in hereditatis possessore locum habet. L. *item veniunt, §. eos autem. L. sed etsi lege, §. consuluit, de petit. hered.* In singularum rerum possessore non habet. Illa enim actione tenetur, quisquis
49 hereditatem possidet. † Fructus autem omnes, et pretia rerum hereditariarum in hereditate numerantur. *d. L. Item veniunt, §. fructus, et §. cum ante, de pet. hered.*
50 † Rei vindicatione illæ solum petuntur res, quæ extant. Quæ non extant, quasque possessor desiit sine dolo malo possidere, earum rerum nomine non tenetur. *L. qui petitorio, de rei vindic.*

Atque hæc de fructuum perceptorum et consumptorum restitutione mea sententia est. Ad reliqua iam pergemus. Sequitur autem, ut videamus, cum fructus restitui debere constabit, sive post litem, sive ante litem contestatam, quo usque ex illo tempore præstari debeant. Quæstio in eo est, sitne reus etiam post rem iudicatam fructuum præstandorum necessitate adstrictus. Nam † post litem contestatam ad diem 51
usque sententiæ omnem caussam restituendam esse certi iuris est, etsi mora forte facta non sit. *L. 3. hic.* † Num etiam post 52
fructus præstandi sint, quæritur. Quæ quæstio tractata a Papiniano *sub hoc titulo in d. L.* 3. ad hanc sententiam exposita est, ut, siquidem ante sententiam mora intervenerit: fructus etiam post rem iudicatam præstandi sint in eum diem, quo res restituitur. Absurdum sit enim eum, qui ante fructuum præstandorum necessitate astrictus sit, ob id liberari, quia victus sit, et prodesse illi condemnationem, quæ magis nocere debeat. Nec ad rem pertinet, quod illi tempus ad solvendum datum est, quod iudicatis iure dari solet. *L. 3. de re iudic. L. ult. C. de usur. rei iudic.* † Ea enim 53
temporis intercapedo iudicato dilationem dare, non lucrum afferre consuevit, inquit Papinianus. Afferat autem lucrum, si, cum ante condemnationem teneretur, postquam condemnatus est, desinat teneri. Quod si ante sententiam mora facta non sit, ut evenire potest, heredem ideo ad iudicium provocare, quod dicat, legi Falcidiæ locum esse, ut, omni ære alieno deducto, nihil reliqui fiat; ideoque nihil esse in fideicommisso: L. 1. §. *hæc verba, si cui plus, quam per leg. Falc.* si quid, inquam, tale acciderit heredi, idque iusta ignorantia ductus fecerit: refert Papinianus, decretum esse Antonini, totius legitimi temporis fructus, et commoda debitorem non præstare. Et recte. Nam, † cum toto legitimo illo 54
tempore heres conveniri non possit, ne moram quidem eo tempore facere intelligitur. L. *lecta, si cert. pet.*

Ambigebatur autem in decreto Antonini, quoniam ita constituerat Antoninus, ut fideicommissarius commoda fideicommissi ad sententiam usque acciperet, si post sententiam moram fecisset heres, utrum de eo solum verba hæc accipienda essent, qui non nisi post sententiam moram fecit: an etiam de eo, qui ante. Nam hæc verba ex æquo ad utrunque pertinent. Potest enim et qui antea moram fecerat, in mora post sententiam perseverare. Interpretatur ergo Papinianus id decretum de eo, qui post sententiam tantum moram fecit, non ante, motus ea

ratione, quam dixi. Atque hæc sic interpretatur, ut dixi, in bonæ fidei iudiciis, et arbitrariis, cum mora ante sententiam facta fuerit. Sic enim hæc iudicia in fructi-
55 bus comparat, quia † officium iudicis idem sit prope in utroque: scilicet ut quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oporteat, in id alterum alteri condemnet pro potestate iudicii. §. *in bonæ fidei*, et §. *præterea*, *Instit. de act.* Eodem pertinet,
56 quod † in utroque genere similiter in litem iuratur. *L. in actionibus de in litem iur.*

57 In † strictis autem iudiciis, idest quæ neque arbitraria sint, neque bonæ fidei, post litem quidem contestatam caussam omnem restituendam esse scribit, ut in cæteris. At post rem iudicatam sine distinctione tempus a fructibus dependendis immune esse, quamvis mora antea facta sit: non sine magna ratione. Quamvis enim statueris, moram ante factam esse: hic tamen ex mora fructus non debentur, ne ante sententiam quidem. Ergo nec postea.

58 Fructus autem † utrobique intelligit Papinianus non perceptos (nam hic quoque ratio illa locum habet, qua paulo ante usus est, eam temporis intercapedinem, quod tempus iudicatis præstatur, reo lucrum afferre non consuesse): sed eos intelligit, qui percipi potuerunt, a quibus dependendis tempus immune esse ait post rem iudicatam, cum ante isti quoque fructus in iudicium veniant. *L. 4. §. post litem, fi. regund.* §. *etsi hereditas*, *Inst. de offic. iudic.* Quod ipsum præterquam quod ratio ipsa evincit, vis quoque ipsa verbi indicat.
59 Id enim proprie esse † *dependere* videtur, non simpliciter solvere: sed periculum alicuius rei præstare, et omne detrimentum, quod in re aliqua sit, quasi pœnam. Cic. *Lib. 1. Epist. famil. Dependendum tibi est quicquid pro illo spopondisti*, idest etiam si quid non consequaris ab eo; si quid ipse non præstet, id tibi præstandum, et suscipiendum est. Idem *Lib. 1.* ad Attic. *Abiurare satius est, quam dependere*, idest quam confessionis periculum subire. Ita hoc loco *dependere fructus* proprie de iis fructibus accipiendum est in quibus præstandis periculum agitur rei, idest iis, qui percepti non sunt, percipi tamen potuerunt. A quibus dependendis debitor immunis est. Nam in perceptis restituendis nullum periculum rei est.

Et quoniam de fructuum restitutione
hactenus disseruimus: ad extremum † hoc 60
in omni hac restitutione intelligendum est, sic fructus præstari debere, ut semper tamen inde impensæ deducantur, quæ in fructus factæ sunt. *L. quod in fructibus. hic. L. fructus, solut. mat.* Quæ impensæ
fructus sic diminuunt, ut †. in persona 61
etiam prædonum earum impensarum ratio habeatur. *L. si a patre*, §. *ult. de petit. hered. L. fundus, qui familiæ ercisc.* Quod ne cui in istorum persona novum videatur, cum istos omni ratione plecti propter malam fidem conveniat, nec ulla interpretatione adiuvari: illa ratio in promptu est,
quod † fructus omnis intelligitur is demum, 62
qui, deductis impensis, superest. Nam, si rem proprius intueri volumus, fructus cuiusque rei sunt, eius rei commodum, et utilitas, quam res affert. Constat autem,
cum de lucro, et commodo quæritur, † 63
id lucrum esse intelligi, quod, omni damno deducto, superest. *L. Mutius, pro soc.* Ita omnino quod impensis deductis superest, id solum in fructu, tanquam lucro, numerandum est: ut recte dictum sit, has impensas fructus diminuere. *L. quod in fructibus, hic.*

Hactenus de fructibus: sequitur de caussa, et omnibus accessionibus.

CAP. IV.

De caussa et accessionibus.

SUMMARIA.

1. Caussae *restituendae nomine quid contineatur.*
2. *Caussa omnis post litem contestatam restituenda.*
3. *In bonae fidei iudiciis etiam post moram.*
4. *idem de omni accessione.*
5. Accessio *quid.*
6. Caussae *appellatione continetur.*

1 CAussam cum restituendam esse iureconsulti dicunt, ut hoc loco: † *caussam* ubique id intelligunt omne, quod petitor habiturus esset, si eo tempore, quo res petita est, restituta esset; quasi dicas id omne, quod in caussam venit: ut sit caussa pro eo, quod iudicio continetur. *L. 2. hic. L. cum fundus, si cer. pet. L. præte-*

terea, *de rei vindicat.* Quo fit, ut in caussa non solum fructus numeretur: *d. L.* 2. sed etiam quæ in fructu non sunt, ut partus, qui contracto vocabulo interdum caussa appellatur. *L. equis*, *hic.*

2 Caussam † post litem contestatam omnem restituendam esse constat. *d. L.* 2. *hic. L. cum fundus*, *si cer. pet. L. præterea*, *de*
3 *rei vindic.* † In bonæ fidei iudiciis etiam ex mora præstari debere videtur. *L. equis*, *hic.*

4 Quod de caussa dixi, † idem de omni accessione intelligendum est. Fit enim interdum, ut hoc loco, ut caussa accipiatur pro iis, quæ ex re ipsa descendunt, sitque in fructibus, et partu, et fructu secundo, *d. L. equis.* † *Accessionis* autem verbo 5
id intelligatur, quod extrinsecus accedit, ut alluvione. † Quod tamen generaliter caus- 6
sæ appellatione continetur. *d. L. præterea*, *de rei vindic.*

Sed de his iam satis. Tempus est, ut ad moram iam veniam, qui locus est ultimus, quem hic Titulus præ se fert, et de quo me dicturum initio sum pollicitus.

CAP. V.

De Mora.

SUMMARIA.

1. *Morae coercendae rationes.*
2. *Mora quid sit*, et n. seqq.
3. *Mora non ex re fit*, *sed ex persona.*
4. Frustratio, frustrari, *quid sit.*
7. *Moram facit debitor*, *qui a creditore interpellatus solutionem sine ulla iusta caussa detrectat*, et n. seqq.
8. *Nulla mora fieri intelligitur*, *ubi nulla est petitio.*
9. *Mora non fit si ei*, *qui petit*, *ius petendi non sit.*
10. *Ubi dies solutioni expresse*, *vel tacite praestitutus est*, *mora contrahitur sine interpellatione*, et n. seqq.
11. *Venditor ex Ædilitio edicto*, *si morbus*, *aut vitium appareat*, *non tenetur.*
12. Interpellare, interpellatio *quid sit.*
13. *Dies interpellat pro homine.*
14. *Qui maleficio res alienas occuparunt*, *moram faciunt ex ipso tempore delicti sine interpellatione.*
15. *Similiter et qui rem alienam possident mala fide.*
16. *Nec in obligatione conditionali*, *neque in obligatione*, *quae ex re ipsa dilationem habeat*, *mora contrahitur sine interpellatione*, *etiamsi dies venerit*, et n. seqq.
17. *Conditione impleta*, *perinde habetur*, *ac si pure contracta fuisset obligatio.*
18. *Dies quando tacite insit.*
19. *Res debita ante moram perit creditori.*
20. *Qui pure debet*, *in mora non est antequam interpelletur.*
21. *Exponitur* L. quoties, 59. cum L. seq. D. de verb. obligat. *et n. seq.*
22. *In iis rebus*, *quae functionem recipiunt in genere suo*, *nihil refert*, *utrum res ipsa*, *an aestimatio petatur.*
23. *Ex obligatione faciendi quando*, *si non fiat*, *agi possit in id*, *quod interest*, et n. seqq. et n. 86.
24. *Quod praesenti die debetur*, *statim peti potest.*
25. *Cum eo qui alio loco se daturum promisit*, *quando agi possit.*
26. *Quoties interpellandus sit debitor*, *ut in mora constituatur*, et n. seqq.
27. *Mora contracta non purgatur*, *nisi oblatione.*
29. *Moram non facit qui interpellatus solvere ex iusta caussa recusat.*
30. *Iustae caussae quatuor.*
31. I. *Si non opportuno loco*, *ut tempore interpelletur.*
32. *Exempla*, et n. 33.
34. II. *Si ignorat*, *se debere.*
35. *Exempla*, et n. seqq.
41. III. *Si rem in potestate sua non habeat*, *neque fecerit*, *quominus haberet.*
42. IV. *Si caute solvere velit.*
43. *Exempla*, et n. seqq.
45. *Pupillo sine tutoris auctoritate non recte solvitur*: *minor adversus solutionem potest in integrum restitui.*
46. *Quando mora fieri intelligatur*, *difficile est definire.*
47. Definitio *pro regula*, *et* definire *pro regula complecti.*
48. *In quibusdam caussis mora fit ex re.*
49. Moram fieri ex re *quid significet.*
50. *Mora fit ex re* I. *pupillis*, *si tamen sit*, *cui tuto solvi possit.*
51. II. *In caussa fideicommissariae libertatis.*
52. III. *Si nemo extat*, *qui conveniatur.*
53. *In* L. sed etsi, 23. §. 1. D. h. t. *utrum* decerni, *an* discerni *legendum sit.*
54. *Differentia inter moram*, *quae fit ex persona*, *et moram ex re*, et n. 55.
56. *Mora unicuique sua nocet.*
57. *Quaenam propter moram debitor praestare debeat.*
58. *Id*, *quod interest*, *ab eo*, *qui*, *quod debuit*, *non fecit*, *in stricti iuris actionibus*

CUM cuiusque rei debitæ sui sint fructus, sua æstimatio, suum in amittendo periculum: nemo est, qui non intel-
1 ligat, † interesse plurimum creditoris rem unamquamque suo tempore accipere, qua re ille suo commodo utatur: quam pro diligentia sua asservet, et curet, ne deterior fiat; quam vendat etiam, si opus est, ne de precio ipso in discrimen veniat. Iam vero cum sit hoc iniuriosum, eam, cum debeas, postulanti ac desideranti non reddere, idest moram in ea præstanda facere, scilicet ut mora tua meliorem tuam conditionem facias, illius deteriorem: diligenter hoc prospiciendum fuit, ne, si id aliquando inciderit, ea res creditori sit fraudi. Sic igitur toto iure civili omnibus prope in rebus comparatum est, ut vindicetur, ne aut mora sua cuiquam prosit, aut adversario ne noceat: uti aliqua iam ex parte de usuris, et fructibus ex mora præstandis in bonæ fidei contractibus supra intellectum est.

Hinc illa existit in omnibus illis rebus de mora vexata tandiu, necdum satis explicata quæstio, quid sit moram facere, et quando debitor in mora esse videatur. Eademque in creditore de mora quæstio est, cum hic rem oblatam a debitore accipere recusat, idest, cum in accipiendo moram facit. Non enim parvi refert rem esse acceptam, cum offertur, ut debitor vel usuris pecuniæ, vel ipsius periculo, et custodia liberetur: quam cessationem debitori nocere iniquum est. Quod cum ita ius sit, primum in hac quæstione dicendum est, quæ sit hæc mora, quam dicimus, et quibus in rebus posita sit: tum quæ moræ in re quaque incommoda sint sive debitori, sive creditori præstanda, breviter erit considerandum.

Mora, si vim verbi quærimus, † nihil 2
significat aliud, nisi cessationem in omni re, ac procrastinationem, sive dilationem eius rei, quam primo quoque tempore expedire debeas. In iure quidem, atque hac disputatione, in qua de debitoris creditorisve mora quæritur, quæ auctori suo nocere debeat, nihil aliud moram esse intelligimus, nisi horum ipsorum cessationem in eo præstando, quod alter alteri debuerit. Itaque non subtili aliqua, aut recondita ratione in hac re opus est ad definitio-

tionem: hoc ad vim huius verbi explicandam satis est intelligi, moram esse dilationem eius, quod debeas, et utrunque in mora esse tum videri, cum vel ille quod præstare debeat, differt: vel hic, quod offertur, recusat accipere. Hoc solum quæritur, quando vel reus is, unde petitur, vel creditor differre, quando moram facere videatur.

Ac de debitore prius dicemus, quando de eo multo maior, ac prope una dubitatio est. In quo non laboraremus, si, ut quisque primum quid debet, neque solvit, ita continuo in mora esse intelligeretur. Sed illud primum in hac re sic constituendum
3 est, quod Papinianus tradidit, † moram non ex re fieri, sed ex persona. *L. mora, de usuris.* Ut sit sensus, non statim qui non solvit, moram facere, quanquam verum sit, cum res ipsa differatur, in re moram inesse hoc ipso, quod non solvitur, cum debeatur: sed ita, si sine caussa id faciat; si per eum fiet, stabitve, quominus solvat; si sit denique in eo aliquid, quod ipsi, qui non solvit, idest quod personæ eius queat imputari. Ex quo ista in hac re usurpata sunt, ut in quo moram esse intelligere volumus, per eum stare, aut fieri dicamus, quominus det, aut faciat; sitque hæc quasi quædam moræ circumscriptio, cum ita dicimus, per eum stetisse, per eum factum esse, quominus daret. *L. quod te, si cer. pet.* L. *si ex legati, de verb. obligat. L. is, qui de obligat. L. si*
4 *rem, de novat.* Hinc † et *frustrationis* verbum in hac re usitatum, ut et qui moram facit, *frustrari*; et mora ipsa, ipsa illa debitoris dilatio, *frustratio* dicatur. *L. hominem, mandati.L. pen. unde vi.* Id enim est frustrari aliquem, cum in eo, quod a te expectet, quodque illi, cum opus est, præstare debeas, illum fallas, ac destituas, faciasque, ut frustra sit, quod expectat. Ulpianus: *Non videtur frustrandæ actionis caussa latitare, qui præsens suscipere iudicium non compellitur.* L. 3. de iudic. *frustrandæ actionis*, idest eludendæ, ac differendæ, dum id agitur a reo, ne se-
5 cum agatur: ut intelligere liceat † non male a quibusdam moram definiri, iniustam eius, quod debeas, dilationem. Et recte mora non in re ipsa, quæ debetur, sed ex persona fieri dicitur. Non enim toto iure civili, cum de mora agitur, eaque vindicatur in debitore, aut creditore, his verbis vindicatur, si res non solvatur: sed
6 ita, si debitor in mora sit. † Neque vero in mora esse recte dicitur, per quem non stat, quominus suo tempore rem solvat, quam debet.

Restat igitur, ut, † quando per debitorem, eumve, a quo quid petitur, videatur stetisse, cognoscamus. Id ita fit, si, cum debitor pure quidem debuit, sed non habuit constitutum tempus, quo solvere ex voluntate creditoris deberet, interpellatus ab eo non solverit, idque ipsum fecerit sine ulla caussa. *L. mora, de usur.* Ita, nisi interpellatus sit debitor, ne si totos quidem decem annos aliquid debuerit, moram facere videbitur. Inde dictum est, 7
† nullam intelligi moram ibi fieri, ubi nulla petitio est, *L. nulla, de reg. iur.* At- 8
que ideo † ne tum quidem mora fit, cum 9
quidem petitum est: sed ab eo, a quo nulla fuit petitio, ut puta pupillo, aut adolescente, qui curatorem habeat. L. *si pupillus, de verb. obligat.* L. 3. *C. de in integ. rest. mi.* Neque sane id iniuria. Nam etsi pure quid debeas: tamen hoc totum, quando creditori satisfacias, pro creditoris solius commodo, et voluntate accipiendum est, si opus sit, si sibi solvi velle ostenderit. Unde Simo apud Terentium *in Andr.* cum filium vellet uxorem ducere, ille autem pollicitus esset, sese in potestate patris futurum, ac neque isthic, neque alibi usquam patri in se moram fore, subiunxit:

I iam nunc intro, ne in mora, cum opus sit, si es.

Neque enim quibus aliquid debetur, cupiunt id sibi statim dependi: sed expectant, nec debitoribus suis molesti sunt, satisque esse putant, si tum id sibi præstetur, cum commodum erit, idque a debitore petierint. Quin etiam statim accipere non semper expedit. Sic fit, ut ante, quam petierint, per debitorem nihil stetisse videatur: ut hoc sit solvendi tempus, quod creditor ipse statuerit, idest, cum petierit, quia quovis tempore petere potuerit. Nam ante debitor qui scire posset, quando ille sibi solvi velit, cuius in potestate fuerit, quam velit reo solvendi dilationem dare?

Quamobrem, etsi generaliter ita traditum est, nullam esse ibi moram, ubi nulla petitio est, neque quicquam distinguitur, pura ne sit obligatio, an alterius generis: tamen diligenter animadvertendum est, hoc solum de petitione atque interpellatione creditoris in iis obligationibus recte dici, in quibus nulla alia creditoris voluntas ostenditur, sive interpellatio, quo die sibi solvi velit: idest, in quibus nulla certa præstituta die, qua die

die ex conditione obligationis, et creditoris voluntate manifesta, pecunia solvi debeat,
10 obligatio contracta est. † Quæ vero obligationes in diem sunt, in quibus certa dies solutioni ex utriusque voluntate præstituta est, et generaliter quæcunque caussæ sunt eiusmodi, in quibus ex natura, et qualitate rei satis reus admoneatur, se primo quoque tempore restituere debere, quod invito creditore non reddat: in iis omnibus sic statuo, debitorem, ut moram faciat, non necesse esse ullo tempore a creditore amplius interpellari. Qui igitur ex die aliquid debeat, hic, si sua die non solvat, moram facit, quamvis ab eo nihil petitum fuerit. Supervacuum est enim moneri eum, ut solvat, qui intelligat se id facere debere, ita volente, et iubente creditore. In quo ne res testibus indigeat, hæc ego testimonia collegi, quæ pro hac sententia faciant. Ac scio multo plura legendo notari posse. L. *magnam*, *C. de contrah. stip.* L. 2. *C. de iure emphi.* L. *si fundum certa die. de verb. obligat.* L. *hominem. in fin. mand.* L. *ita quis*, §. *Seia. de verb. obl.* L. *si duo*, *in fin.* L. *promissor*, §. 1. *de constit. pec.* L. *etsi post tres*, *si quis caut.*

At plerique moventur eo, quod, ut dixi, generaliter, et sine distinctione traditum est, nullam esse moram sine interpellatione, unumquemque moram ita facere, si interpellatus non solverit. Sed nihil est, quod moveantur. Hoc enim, ut nihil aliud addatur, tamen de iis necessario accipiendum est, in quibus modo petitio sit necessaria, ut scire debitor possit, quando creditor sibi solvi velit. Supervacuum est autem, ut iam ante dixi, moneri eum, qui sciat certo tempore se id facere debere. Idque facile hoc exemplo intelligi potest. Edicto Ædilium Curulium cautum est, ut vitia cuiusque rei, quæ venditur, diligenter prædicantur emptori, neque ulla huius
11 rei exceptio Edicto adiicitur. † At hoc omnes veteres sic acceperunt, si vitium lateret. Quod si tale vitium sit, aut morbus, qui omnibus potuerit apparere, utputa si cæcus homo venibat, aut qui cicatricem evidentem, et periculosam habebat vel in capite, vel in alia parte corporis: perinde venditorem eius nomine non teneri putaverunt, ac si nominatim morbus exceptus fuisset. Ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum Ædilium, quæ quis ignoravit, vel ignorare potuit. L. *quæritur*, §. *ult. de Ædil. edict.* Atqui generaliter edictum cavet, et sine exceptione, ut vitia prædicantur. Cavet: sed ideo cavet, ut vitia nota sint emptori, ne decipiatur. Nihil autem necesse est ei prædicere, quia ea non ignoret. Similiter et in hac re accidit. Generaliter definitum est, nullam esse moram, ubi nulla petitio est. Sed, cum petitio ideo requiratur, ut sciat debitor, illum, qui petit hoc tempore sibi solvi velle: si est in re ipsa, unde sciat reus, sibi vel statim, vel illo tempore ex voluntate petitoris rem præstandam esse, nihil hic alia petitione opus est. Quid, si is quoque interpellari intelligitur, qui in diem aliquid dare debuerit? Videtur ne hic quicquam contra superiorem regulam fieri, si hunc moram hoc ipso facere dicamus, quod sua die non solverit? Et profecto † interpella- 12
re, nihil est aliud, nisi denunciare debitori, ut nunc nobis solvat. Quid est igitur, quod diei adiectione agitur, nisi hoc iam ab initio ei prædicitur, ac denunciatur, ut eo die solvat, eaque lege sua voluntate constringitur? Quod si est: parum ne hic aperta creditoris voluntate iam ab initio interpellari videatur? Sed ideo in his petitione, et interpellatione opus non esse dicimus, quia nova opus non est. † Revera au- 13
tem satis die ipso moneri intelligitur: ut non male vulgo dici soleat, diem interpellare pro homine. *L. magnam*, *C. de cont. et com. stipul.* Postremo cum ita convenerit inter contrahentes, ut certo die debitor solveret, si id ita non fecerit, quin per eum steterit, idest quin quod debuit in tempore, sine caussa distulerit: caussæ dici nihil potest. Neque vero hoc aliud est, nisi moram facere. Africanus in *L. traiectitiæ*, de obligat. *Traiectitiæ pecuniæ nomine, si ad diem soluta non esset, pœna (uti assolet) ob operas eius, qui eam pecuniam peteret, in stipulationem erat deducta. Is, qui eam pecuniam petebat, parte exacta petere desierat: deinde interposito tempore, interpellare instituerat. Consultus respondi, eius quoque temporis, quo interpellatus non esset, peti posse pœnam. Amplius, etiamsi omnino interpellatus non esset, nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quominus solveret.*

Illuc igitur redeo, cum de voluntate creditoris natura rei, et conditione debitor ipse per se satis admoneatur, quo die illi solvere debeat, nihil hunc admoneri sæpius necesse esse, satisque hunc re ipsa interpellari. Neque si in obligationibus puris post obligationem contractam a debitore peti debet, ut moneatur, ideo hoc idem in cæte-

ris ad interpellationem debitoris facere necesse est. Non enim una est conditio omnium obligationum, neque omnes debitores uno modo interpellantur. Quamobrem
14 † in eadem caussa cum iis, qui in diem debent, habendi sunt omnes, quotquot sunt, qui maleficio res alienas occuparunt, ut fures, item qui vi alium de possessione deiecerunt, aut qui eas metu ab aliis extorserunt. Hos omnes ex ipso tempore delicti moram facere dicimus, atque ideo plus, quam frustratores esse, et quidem sine ulla interpellatione. Nam cur interpellentur de ea re, nihil est, cum sciant, se invito domino, eam retinere; nec ignorare debeant, se ex eius voluntate primo quoque tempore restituere debere, quam nec a principio auferre debuerunt. *L. in re furtiva*, §. 1. L. *ult. de condict. furt. L.* 1. §. *rectissime. L. pen. Unde vi.* In quo quis est, qui putet speciali aliquo iure moram fieri tanquam ex re, ac non potius ex persona, idest vitio personæ, sicut proposuimus: cum illud videat per istos fieri, quominus rem restituant, quam ne tantillum quidem retinere, ac nec auferre omnino debuerunt? Hoc autem per aliquem stare, quominus det, quod debuit suo tempore, quid est aliud, quam id, quod nunc quærimus, moram facere?

15 Quibus † similes sunt et qui mala fide rem alienam possident, cum sciant ad se non pertinere; et habeant, cui restituant. Proinde hos, re perempta, domino teneri dicimus. Nam si id in hereditatis petitione admissum est, ut dolus præteritus veniat, idest ut, etiam re perempta, possessor hereditatis teneatur: *L. sed etsi lege*, §. *quod ait Senatus*, *et* §. *seq. de petit. hered.* per consequentiam et in speciali in rem actione admittendum est. Neque hæc nunc ex meo sensu deprompta collectio est, sed extat apud Paulum in *L. sin autem*, §. *si homo*, *de rei vindic.* Ne quis forte nunc putet, hoc ius speciale esse in hereditatis petitione, ut Accursius fecit, et si qui sunt eum secuti, ac non idem esse in omnibus aliis petitoris iudiciis. Ergo in his caussis etiam ex persona mora fieri intelligitur. Ac tametsi petitio sit nulla eius, ad quem ea res pertinet: non tamen eo minus rerum alienarum possessores re ipsa admoneri intelliguntur. Cumque sciant, quid, cui, et quando restituere debeant: negare non possunt, quin, si id non faciant, per ipsos stare intelligatur: ut iam mora in illorum persona sit, ac non in re tantum.

Huc usque igitur in his omnibus probe constat illa regula iuris, et Papiniani, nullam intelligi moram ex re, sed ex persona tantum. Ex persona autem hoc esse, cum per debitorem fit, quominus solvat, quod tunc accidit, cum interpellatus non solvit, quibus in caussis moneri illum oporteat. Nam qui paratus fuit solvere, si a se peteretur, nihil facere videtur, quominus eo tempore, quo creditor postulet, solvat, nisi tum, cum alias se interpellari, et admoneri ex re ipsa satis sciat. Quo casu nihilominus in persona vitium est. Ex quibus omnibus intelligitur (redeundum enim est iam ad propositum) si de re aliena non agetur, quam quis iniuria, et mala fide detineat, sed res erit ex obligatione debita: in his quidem obligationibus, quæ in diem sint, utpote in quibus certus dies non obligationi, sed solutioni dictus est, petitionem non esse necessariam: in aliis autem omnibus, in quibus certus dies solutioni constitutus non est, ius esse hoc perpetuum, nisi quid a creditore interpellatus sit debitor, ipsum moram non facere, quæcunque tandem res in obligationem deducta sit, ac quodcunque tandem genus sit obligationis: scilicet quia nihil sit, quod in cæteris debitori imputari possit, si certo die non solverit, quod certo die dare facere non debuerit. Itaque hoc superesset, ut tum daret, cum creditor petere constituisset.

Quamobrem † sic iudico, neque in obli- 16
gationibus sub conditione contractis, neque in iis, quæ conceptione quidem puræ, ex re ipsa dilationem capiunt, quamvis aut conditio evenerit, aut dies præterierit, quo illæ res peti possint: aliter moram fieri, quam si debitor, postquam dies venerit obligationis, interpellatus fuerit. Quia, ut in iis omnibus dies intelligatur obligationi esse constitutus, ante quem actio non nascitur: non tamen constitutus est solutioni. Promisisti Stichum, si navis venerit ex Asia. Extitit conditio, neque id te fugit. Non ideo, si statim mihi non solvis, moram facis. Dies enim in conditione inest ille quidem incertus, quo existente, res peti possit: sed non is dies, quo die postquam evenerit conditio, solvi debeat: ut appareat, nihil esse, quod debitori imputandum sit, quod hoc aut illo die non solverit. Nihilo sane magis, quam si ab initio pura esset
obligatio. † Postquam enim extitit conditio, 17
pro eo est, quasi pure contracta esset. *L. si pupillus*, *de condit. instit.* De hoc genere igitur post eventum conditionis idem statuatur, quod de obligationibus iuris est,

ut

ut sine petitione creditoris mora a debitore non fiat.

18 Eodem modo, si † fructus futuros promiseris; si partum ancillæ: dies in his intelligitur inesse, ut tunc petantur, cum per rerum naturam præstari poterunt. Et qui Carthagini dari stipulatur, cum Romæ sit, tacite tempus complecti videtur, quo perveniri Carthaginem possit. *L. interdum, de verb. obl.* At nego, cum fructus perceptus fuerit, aut partus editus, debitorem in his præstandis aliter moram facere, quam si interpellatus, ut ista daret, non dederit. Non quo putem, hic diem non esse, post quam res peti possit. Peti posse fructus, cum extiterint, intelligo. Sed nego, diem esse debitori præstitutum, cum solvere debeat. Qui si esset, haberemus, quod illi imputaremus, qui præstituto die non solverit. Cum nihil tale fuerit, nihil est, quod per illum stetisse videatur. Ita-
19 que aio, † si res interim perierit ante quam debitor interpellaretur, eius detrimentum non fore. Idemque de eo qui Carthagini dare promiserit, iudicio, non esse huius periculum in re debita, quamvis tantum temporis præterierit, quo Carthaginem perveniri possit, si post id tempus interpellatus non fuerit. Carthagini enim dare debuit, et ideo cum perveniri Carthaginem potuerit, peti ab eo poterit vel Carthagine, vel alio loco: Sed si petitum non sit,
20 in eo mora non est. Nam † et qui pure debet, in ea caussa est, ut statim adversus eum actio sit. Neque tamen ideo is in mora est, si ab eo petitum non fuerit. Omninoque sic definiendum est, nisi dies ad solvendum conventione utriusque constitutus erit, vel lege, vel testamento: a regula iuris recedi non oportere, nulla ut intelligatur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.

21 Existimabit hoc loco aliquis, † his adversari quod Paulus his verbis scribit in *L. quoties in diem*, cum *L. seq.* de verb. oblig. *Quoties in diem, vel sub conditione oleum quis stipulatur, eius æstimationem eo tempore spectare oportet, quo dies obligationis venit. Tunc enim ab eo peti potest: alioquin rei captio est. Idem erit, etsi Capuæ certum olei pondus dari, quis stipulatus sit. Nam eius temporis fit æstimatio, cum peti potest. Peti autem potest, quo primum in eum locum perveniri poterit.* Hæc Paulus. Quibus innuere videtur, cum quid sub conditione debetur, itemque cum dies tacite inest: tum, cum conditionis dies, aut ille alter venerit, similiter ut in obligatione in diem (nam ista omnia eodem numero habet) moram fieri ipso diei lapsu. Alioqui non diceret, eius temporis æstimationem spectandam esse, quo dies obligationis venit. Ad æstimationem enim rei recurri non solet, nisi tum, cum mora facta est. *L. 3. de tritic. act. L. vinum, si cert. pet.* Sed hoc nullum argumentum est. Non enim hoc loco spectari æstimationem eius temporis, quo dies obligationis venit, idcirco, quia mora facta sit, ex eo, quod de conditione dicit, facile intelligi potest. Ait enim, cum oleum sub conditione promissum est, eius æstimationem eo tempore spectari oportere, quo dies obligationis venit, idest quo tempore primum conditio extitit. Videtur ne ergo eo ipso tempore debitor statim moram fecisse? Nemo dicet. Nam ante nihil omnino debuit: et qui scire potuit, an omnino conditio eveniret? Quid ergo, si eo die rem non habuit, neque statim expedire potuit insperato rei eventu præventus? Quid, si ignoravit conditionem extitisse, et ideo se debere? Num videbitur cuiquam moram fecisse, si eo die non solvit, quo primum extitit conditio? Non arbitror, hoc quenquam tam inique esse statuturum. Arg. *L. quod te, si cer. pet.* Et tamen ex eo ipso die vult Paulus æstimationem olei spectandam esse, quo peti potuit, nihil adiiciens, an potuerit, aut debuerit ipso die dari, an secus. Ergo hoc quidem manifesto declarat, se in ea re nullam moræ rationem habere. Postremo ideo æstimationem his temporibus spectandam esse ait, quia tunc ab eo peti potest. Ergo idem dicturus erat, si præsens esset obligatio, ut eo tempore æstimatio spectaretur, quo obligatio contracta est, idest statim: eadem ratione, quia tunc a debitore peti potest. *§. omnis. Inst. de verb. oblig. L. eum, qui, §. ult. de verb. oblig.*

Quid ergo est? † Intelligo, in iis rebus, 22
quæ functionem in suo genere recipiunt, cuius generis est oleum, nihil referre utrum oleum petam, an æstimationem olei, et vice versa si oleum petatur, posse ipsi creditori recte æstimationem solvi: quia dum scietur, quanti vulgo oleum publice veneat, facile eadem æstimatione sit reperturus. Itaque in huiusmodi stipulationibus perinde esse, quasi æstimationem stipulati essemus. Cum ergo petetur, quanti oleum est, quia præsens æstimatio, quæ tempore fuit stipulationis, in stipulationem venisse intelligitur, cum pure stipulatio contracta est: *L. fundum, de novat.* dubitari potuit, num idem dicendum sit, si in diem, aut sub conditione contracta sit. Et docet Paulus

lus non esse idem. Nam, cum petitio in tempus dilata sit, eo tempore æstimationem esse spectandam, quia eo solum tempore peti potest, sicut et præsentem spectaremus eius rei, quæ præsenti die peti posset.

23 De † obligationibus faciendi, quæ facta temporis tractum desiderant, intra quod perfici possint, magna quæstio est. Cum enim in faciendi obligationibus, cum id factum non est, quod fieri debuit, in id quod interest, agatur. *L. si quis ab alio*, §. *ult. de re iud.* alii, cum id tempus præterierit, intra quod perfici opus posset, statim agi posse putant, etiam si promissor nunquam sit interpellatus antea, ut faceret. Diem enim ei obligationi tacite inesse. *L. interdum, de verb. oblig.* Quo non observato moram facere intelligatur. Alii diem quidem inesse concedunt: sed unde cedat, statimne, an ex quo sis interpellatus, id vero in quæstionem revocant: quod non facile id usquam nominatim cautum reperias: neque vero a regula iuris temere discedi putant oportere. Ita etiam interpellari promissorem debere iudicant. Ego autem, cur non statim agi possit, cum tantum tempus præterierit, quod ad opus sufficeret, non animadverto. Non illa ratione, qua illi putant, quod in his obligationibus dies certus præstitutus statim promissori intelligatur operis perficiendi, quo non servato, moram faciat (facile enim moram ea re non facere concessero): sed quod, eo tempore transacto, nullus quoque dies petitori constitutus sit ad petendum, ut si nunc agat in id quod sua interest, ante tempus id facere videatur. Ut enim antea agere non potuit, quod nondum satis spacii ad opus perficiendum promissori fuisset: sic, eo præterito, quod satis fuit, quominus agat, nihil est impedimento. Quod quidem diserte de hoc genere cautum est. Sic enim traditum est, non ante agi posse ex ea caussa, quam tempus præteriisset, quo insula, exempli gratia, ædificari posset. Postquam vero præteriisset, statim agi posse. *L. si ita stipulatus sim abs te. L. si insulam. L. continuus*, §. *item si L. existimo*, §. *ult. de verbor. obligat.* Ex quo intelligitur, quamvis redemptor operis, interpellatus non sit, ut opus faceret: postquam tamen tantum temporis præterierit, intra quod ædificari potuerit, cum eo agi posse. Quid verbis opus est? Hoc tempus ex die interpositæ stipulationis cedere, testatur Iulianus in *L. quoties, de oper. liber.* Eius verba hæc sunt. *Quoties certæ species operarum in stipulationem deducuntur, veluti pictoriæ, et fabriles: peti quidem non possunt, nisi præteritæ, quia et si non verbis, re ipsa inest obligationi tractus temporis: sicuti cum* Ephesi dari *stipulamur, dies continetur. Et ideo inutilis est hæc stipulatio*, operas tuas pictorias centum hodie dare spondes? *Cedunt tamen operæ ex die interpositæ stipulationis.* Hæc ille.

Neque hoc cuiquam mirum videatur, cum promissor operis moram interpellanti creditori non fecerit, conveniri posse. Non enim in puris obligationibus tunc solum cum debitore agitur, cum interpellatus iam moram fecit: sed statim. † Quod enim 24
præsenti die debetur, statim peti potest, §. *omnis. Instit. de verb. oblig.* Cuius generis hæc iam obligatio est. Cum enim pure te facturum insulam, promiseris, aut omnino nullus dies est: aut, si tacite id tempus comprehendi intelligitur, intra quod confici res potest, necesse est, eo transacto pura obligatio evadat. Ex quo etiam agi potest. In quo nihil dissimile fit † ab iis 25
obligationibus, in quibus locus adiicitur, quo loco dari debeat. In quibus, cum dies tacite insit, intra quem in ea loca perveniri possit, hoc iuris est, ut, cum id tempus præterierit, statim agi possit. Neque id requiritur, ut debitor interpelletur, quo se itineri accingat. *L. 2.* §. *qui ita stipulatur, de eo, quod cer. loc. L. interdum de verb. oblig.*

Quoniam ergo in aliis interpellari debitorem volumus, ut moram faciat: † videndum est, quot interpellationes in ea re requiramus; ac sit ne necesse sæpius debitorem convenire, eique instare, ut solvat: an vel una interpellatio sufficiat, ut ex illo videatur moram traxisse. Nam et Papinianus non protinus moram fieri scribit, si, postquam debitor interpellatus est, omissa sit debiti repetendi instantia. *L. mora, hic.* Et plerisque in locis debitores sæpius denunciationibus interpositis esse conventos legimus. Ego vero, cum diserte traditum sit, moram fieri, si debitor interpellatus non solverit, *L. mora, hic. L. si ex legati, de verb. oblig.* non arbitror, hoc constituto, ambigendum esse diutius, quin is in mora sit, qui semel interpellatus non solverit: quamvis destiterit creditor debitori instare. Verum est enim interpellatum esse, qui semel interpellatus est. Et si vere dicitur nullam moram ibi fieri, ubi nulla petitio est: recte colligitur, ubi petitio aliqua intervenerit, ibi debitorem in mora esse videri. Nec vero qui moram facere cœperit, si amplius non appelletur, eam postea non solvendo 26

facere

facere desinit. Quin potius, quo magis differs, eo magis mora tua, et frustratio pro-
27 gressu temporis augetur. Denique † mora non nisi oblatione purgatur, cum semel contracta fuerit. *L. si servum*, §. *sequitur*, *de verb. obligat.*

28 Nam † quod Papinianus scribit, non continuo per debitorem moram factam intelligi, si omissa sit repetendi debiti instantia: non hanc sententiam habet, ut velit, creditorem debitori instare, ut, si hæc instantia intermittatur, mora desinat fieri. Alioqui quem tandem huius instantiæ, et importunitatis definiemus modum? Sed hoc intelligit: si creditor, cum semel debitorem interpellasset, post ab eo precibus victus, aut alia re sua voluntate inductus dicat, ostendatve, se amplius illi non instare, quin suo commodo pecuniam conficiat, quam det, cum potest: hic moram non fieri. Hoc pacto enim remissa est illi necessitas solvendi ex pristina interpellatione, quæ debitori instabat. Quod quidem fit testando. Nequaquam autem hoc ipso recedere a pristina petitione creditor intelligitur, quod non semper interpellat debitorem.

Quod autem nonnullis in locis proponitur, creditores sæpius testato debitorem convenisse: *L. Æmilius*, *de minorib. L. qui Romæ*, §. *coheredes*, *de verb. oblig.* nihil ad ius pertinet, sed ad facti narrationem, quod ita ex facto inciderat. Illis enim locis narratur factum, sicque hæc verba adiecta sunt, quo contumacia et frustratio debitoris magis argueretur: non eo, ut plures denunciationes ad moram conciliandam quicquam necessarias esse putaremus.

Ut sine interpellatione mora non fit in his obligationibus, in quibus nulla certa die quid debeas, secundum ea quæ dispu-
29 tavimus: ita † non statim, ubi debitor interpellatus est, in mora est, uti proposuimus: sed ita demum, si nulla caussa sit
30 recusandi. *L. sciendum*, *hic.* † Iustæ autem caussæ sunt complures, propter quas si distulerit solutionem, moram tamen non faciat, neque per eum stare videatur. Eæque in summa fere sunt quatuor, si non debeat: si, cum debeat, ignoret tamen se debere: si, cum sciat, rem in potestate non habeat, cum petitur: postremo, si, cum sciat se teneri, et possit rem expedire, sibi, ante quam solveret, ad futuram solutionem cavere voluit, ut res in tuto collocetur. Quæ nobis paulo pluribus explicanda sunt.

31 Primum igitur in ipsa interpellatione † iusta est, ut dixi, ad differendum caussa, si non opportuno loco, aut tempore debitor sit interpellatus, quia aut eo loco, aut eo tempore non debeat. *L. Mora*, *hic. L. si soluturus*, *de solut.* Quid enim, si, cum
† ex fideicommisso ibi heres conveniri de- 32
beat, ubi aut maior pars est hereditatis, aut ubi testator voluit, ut ius postulat: *L. si fideicommissum*, *de iudic.* alibi de eo a legatario interpelletur? † Quid, si quod 33
certo die dari debuit, ante diem petatur? In quibus etsi dare rem debitor potuerit, quæ perierit postea, quæ si data esset, potuerit servari: debitoris periculum non erit. *L. cum filiusfa.* §. *ult. de verb. oblig.*

Iam, ut opportuno loco, et tempore interpelletur: † nihil tamen differendi caussa 34
facit is, qui ideo non solvit, non quia dare recuset, sed quia non putat, nec ullam caussam habet, cur intelligere debeat se debere. L. *quod te*, *si cert. pet.* Et ideo, † 35
si ab herede petatur quod defunctus debuerit, neque quicquam proferatur, unde intelligat, decessorem debuisse: si recuset solvere, et ad iudicium provocet, moram non facit. Habet enim iustam ignorantiæ caussam, qui in ius alterius succedit, an quod petitur, debeatur. *L. qui in alterius*, *de regul. iur.* Eademque ratione † si pos- 36
sessor bonæ fidei, qui nullam caussam habet, cur putet, rem alienam esse, rei vindicatione, aut petitione hereditatis conveniatur: nihil improbe facere videatur, si ad iudicium provocet. Non enim convenit, quia alius se dominum esse dicat, huic illum statim concedere; et quia, si res pereat, periculum sit, ne teneatur, propter metum huius periculi indefensum ius suum relinquere. Itaque hac quidem opinione nec fatum rei præstabit, *L. illud*, *de petit. hered.* præstaturus alioquin, si in ea re restituenda, quæ petita est, moram fecisset. Quod sic fit, si scivit, aut scire potuit, si quidem attendere vellet, rem, quæ petebatur, alienam fuisse. *L. item si verberatum*, *in fi. de rei vindic.* Isto modo † 37
nec moram is facere videbitur, qui exceptione aliqua ita se tutum putavit: ut nulla caussa esset, cur non se tutum esse putare deberet. *L. sciendum*, *in fin. cum L. seq. hic.* Quid enim, si heres, dum petitur ex eo fideicommissum, neget quisquam se debere, quia maius sit æs alienum, quam ut, eo deducto, quicquam legatis supersit, idque iusto errore ductus faciat, quia bona defuncti adhuc lateant? Hac quidem exceptione, atque hoc errore iuste ad iudicium provocat. *L.* 3. *in princ. hic.* Nam si ita se res haberet, ut putat: Falcidiæ

cidiæ legis ratione interveniente, nihil deberetur. *L.* 1. §. *hæc verba. Si cui plus, quam per leg. Falcid.* Ergo etsi postea appareat, plus esse in bonis, quam debeatur, atque ita condemnetur, ut evenit in specie Papiniani sub hoc *Titulo* relata in *L.* 3. non tamen moram fecisse videbitur, ut idem Papinianus scribit: si modo fraudandi caussa nihil ab eo factum sit. *L. si modo hic.* Quod ita fit, si non potuit scire alia bona esse, quam quæ tunc in aperto erant, cum res petebatur. Sed etsi id ipsum metuat heres, dum ignorat defuncti bona: interim moram non faciet, si nihil
38 dolo malo ab eo cessetur. † Afferam et huius rei aliud exemplum. Quid, si debitori liberatio testamento legata sit, idque testamentum debitorem non lateat: codicillis autem qui lateant, ea liberatio adempta sit? Non videbitur, ut opinor, moram facere heres, qui se nihil debere contendat, cum codicillos ignoret: scilicet quod nulla caussa sit, cur non putet se liberatum esse, nec quicquam fraudandi caussa in ea re si-
39 mulet. Ex quibus intelligi debet, † ne in iudicio quidem ipso moram fieri, cum sine dolo malo ad id provocatur. Quod ita fit, si, re petita, nihil sciat reus esse, nihil videat cur petitori statim restituere debeat. Hinc illæ regulæ: qui iudicium accipere paratus est, moram non facit, si iuste ad iudicium provocavit. *L. si quis solutioni. L. paratum, hic.* Item, qui sine dolo malo ad iudicium provocat, moram facere non videtur. *L. qui sine, de reg. iur.*

In eadem caussa est cum superioribus,
40 † qui scit, se debere, quod petitur; sed ab eo convenitur, quicum non contraxit: ignorat autem, ipsum ius petendi habere. Nam cur huic debitor rem restituat, quem non novit? Nihil ergo improbe faciat, si recuset, nec teneatur domino, si res interim perempta sit: utputa si quis inficiatus sit non adversus dominum, sed quod eum, qui rem depositam petebat, verum procuratorem non putaret esse, aut eius, qui deposuisset, heredem. *L. si quis inficiatus, deposit.* In quibus tamen omnibus si postea cognoverit reus, secum recte agi: ex eo tempore moram faciet, si reddere rem noluerit. *d. L. si quis inficiatus depos.*

Faciamus et recte interpellari debitorem;
41 et scire se, quod petitur, debere: † non tamen in mora est (nam hoc fuit in his caussis recusandi tertium) si, quod petitum est, tum, cum petitur, in sua potestate non habuit, ut rem creditori expedire posset: puta si servum interim sine dolo malo alio amandarit, et petit reus, ut expectetur, dum redeat. Cui rei tamen illud adiiciendum est, ut neque fecerit reus, quominus haberet. *L. quod te, si cert. pet.* Nam qui hominem occidit ante, quam peteretur, non evadet actionem, si aliquando ab eo petetur; cum per eum factum sit quominus eum daret, parumque retulerit, sciens, an ignorans eum occiderit. *L. si ex legati caussa. L. si servum, in prin. de verb. oblig.* Quid enim refert, prudens, an ignorans mihi nocuerit?

Atque hæc in specie debita expeditam rationem habent, cum ipsa præstari debeat: non possit autem præstari, si in promptu non sit. At ne in pecunia quidem numerata statim debitor, si interpellatus eam non solvit, moram fecit. Neque enim cum sacco contrahere intelligitur, unde eam continuo debeat expromere. *L. quod dicimus, de solut.* Modicum intervallum debitori largiendum est ad pecuniam expediendam, non minus, quam decem dierum. Hoc enim in constituta pecunia probat Ulpianus in *L. promissor, Stichi, §. 1. de constit. pec.* Cur non idem in cæteris debitoribus probare debeamus, nulla probabilis ratio reddi potest.

Postremo, etsi debitor rem habeat, quam det, et sciat, a se recte peti: tamen † si 42
ob id ad aliquod tempus differt, ut rem in tuto constituat, idest recte solvat, neque amplius, quam debet, neve postquam solverit, iterum conveniatur: non sine iusta ratione interim differre videtur, qui nihil frustrandi creditoris caussa faciat, sed id solum agat, ut sibi cautum sit. Cuius rei apud Paulum † hæc exempla sunt in *L.* 43
sciendum, hic: si forte amicos adhibendos debitor curet vel debito expediendo, vel fideiussoribus rogandis. Amici enim debitum expedire poterunt, si forte de ratione implicatiore mihi cum creditore res sit: itaque facient, ne amplius solvam, quam reliquum sit. Adhibebuntur etiam amici rei testificandæ caussa, ut sciri possit me solvisse. Neque enim parvi refert, quos testes adhibeam, mihi notos, an ignotos, exteros, an tales, quos, cum opus erit, requirere possim. Fideiussores etiam interest adhiberi, vel ut videant, quid solvatur, ne iterum solvant; vel ut ne debitor totum solvat, si quid forte illi iam ante solverit.

Ad hanc caussam referri debet et † si 44
debitor conveniatur, sed ab eo, cui recte solvi non potest, ut minori. *L. cum quidam, §. si pupillo, hic.* Nam † pupillo si- 45
ne tutoris auctoritate ad liberationem inutiliter

tiliter solvitur. §. *ult. Instit. Quib. alien. non lic.* et adultus minor restitui in integrum potest. *C. si adver. solut.* Æquum est autem, dum a debitore solvitur, sic solvi, ut securus ea solutione reddatur.

Quibus caussis detractis, aut si quæ sunt similes (vereor enim ne in his etiam persequendis longior fuerim, quam necesse est) si debitor interpellatus non solverit, hic demum moram facere intelligetur. Quæ omnes caussæ cum in facto positæ sint, cumque multæ iustæ exceptiones ex hoc genere variis, et infinitis circumstantiis quotidie incurrentibus reo nasci possint, ut ne interim solvere cogatur: non mirum, si Papi-
46 nianus hanc rem definire volens, † quando mora fieri intelligatur, difficilem dixit esse eius rei definitionem: ac ne definitione quidem ulla, aut quæstione decidi posse, idest nulla regula comprehendi, quan-
47 do mora fieri videatur. † *Definitionem* enim non verbi explicationem intelligit, sed regulam: et *definire*, regula complecti, ut recte annotavit Budæus in explicatione eius regulæ, *Omnis definitio in iure periculosa est.* Quo verbo Iureconsultus regulam intelligit eandem scilicet, quæ in *L. regula, de reg. iur.* definitur, cum multi casus speciales una aliqua regula deciduntur, iusque de iis proponitur. Ulpianus in *L. de pupillo*, §. *belle*, de novi oper. nunc. *Belle*, inquit, *Pedius definit, triplicem esse operis novi nunciationem. Definit*, idest decidit, ac pronunciat, sive statuit.

Sed generali iure proposito, quod communiter in omnes valeat, ex quo intelligi-
48 tur moram ex persona fieri, non ex re: † sciendum est, singulari hoc iure quibusdam in caussis contra receptum esse, ut mora ex re fiat, etiam sine alia interpellatione.
49 De quibus breviter nunc dicam. † Id enim intelligi debet, moram ex re fieri, cum hoc ipso, quod debitor non solvit, cum sciat se debere, perinde tamen obstringitur, quasi per eum stetisset; neque aliter liberatur, quam si rem, quam debet, ipse obtulerit. *L. curabit, C. de act. empt. L. Titia Seio*, §. 1. *de legat.* 2. *L. videamus*, 2. §. *sed etsi per mulierem, hic.*

50 Hoc † primum in persona minorum favore ipsorum receptum est. Itaque cum in bonæ fidei iudiciis, necnon legatis, et fideicommissis ex mora usuræ debeantur, ut diximus: *L. usuræ vicem, L. mora*, §. *in bonæ, hic*: pupillo si quid ex caussa legati, aut ex bonæ fidei iudicio debebitur, veluti precium ex emptione: ex ipso tempore tardæ solutionis usuræ, quasi mora facta, debebuntur. *L. in minorum, C. in quibus caus. rest. in integ. non est neces. d. L. curabit, C. de act. empt.* Hoc est, quod Papinianus *hoc Titulo in L.* 1. scripsit, circa tutelæ restitutionem pro favore pupillorum latiorem interpretationem factam esse. Neminem enim ambigere, sive iudex accipiatur, in diem sententiæ; sive sine iudice tutela restituatur, in eum diem, quo restituitur, usuras præstari. Quod igitur dicit, pupillo usuras præstari ex bonæ fidei iudicio, nempe tutelæ actione: non est hic favor pupillorum. Nam et in aliis bonæ fidei iudiciis usuræ ex mora veniunt. Quod præstari ait sine ulla petitione ex eo tempore, quo quid ex tutela deberi cœpit in eum usque diem, quo tutela restituitur: id vero est, quod pro favore pupillorum constitutum esse intelligit, moram scilicet ex re ipsa fieri sine ulla alia interpellatione. Quæ tamen ita fit, si debitor habuit, cui solveret. Nam, si nemo alius fuit: quia pupillo non recte solvitur, nihil est, quod debitori imputari possit. *L. cum quidam*, §. *si pupillo hic.*

Similis † favor est, in caussa libertatis 51
testamento fideicommissæ, ut simul atque libertas peti potuit, quamvis petita non sit partus ex ancilla natus pro libero habeatur perinde, quasi libertas petita esset, ut et mora in rem facta intelligatur. L. *cum vero*, §. *apparet, in prin. et* versic. *Quod igitur De fideic. liber.* Cuius iuris rationem reddit Ulpianus in *d.* §. apparet. *Plerumque enim*, inquit, *per ignaviam, vel per timiditatem eorum, quibus relinquitur libertas fideicommissa, vel ignorantiam iuris sui, vel per auctoritatem, et dignitatem eorum, a quibus relicta est, vel serius petitur, vel in totum non petitur fideicommissa libertas.* Ex quibus intelligi potest, cur similiter hoc in persona minorum constitutum sit, ut ex re ipsa mora fiat. Constat enim satis, quam magna vel ignorantia eius ætatis sit, et imperitia, vel pudor, vel iuris sui securitas, et utilitatis nulla provisio. Quibus rebus itidem evenit, ut vel tardius petant quod debetur, vel in totum etiam ne petant.

Nonnunquam accidit tempus, cum nullo favore vel personæ, vel caussæ, mora iusta
de caussa in rem decernatur. † Id fit, cum 52
nemo extat, qui conveniatur. *L. sed etsi*, §. *ult. hic.* Ut igitur edicto Prætoris in rebus nostris amittendis adversus aliorum absentiam provisum est: ita hic, si creditor debitorem convenire voluit, neque potuit, cum abesset: æquum est, adversarii absentiam illi fraudi non esse, si, cum rem rece-

ceptam distrahere posset, illa interim perierit. Quod † recte mihi videtur dici in rem
53 *decerni*: quia non, nisi caussa cognita, id statuatur, an mora hoc casu facta sit. Veruntamen utrunque recte legitur in *d. L. sed etsi*, et moram in rem *decerni*, et moram in re *discerni*.

Sed, ut intelligere liceat, quam vim hæc mora habeat, quam ex re in suprascriptis caussis fieri dicimus, quamque hæc mora potius non sit proprie, sed personæ, aut rei gratia sine vitio debitoris inducatur: †
54 inter hanc, et illam superiorem hoc maxime interest, quod, cum in re solum mora est, finita caussa, propter quam mora recipitur, desinit mora fieri, ut si minor decesserit, si vicesimum annum excesserit. Quia re vera mora non fuit, sed beneficium tantum personæ. Idemque iudicandum est in eo debitore, quo absente, in rem mora facta est, si forte is postea redierit, nec
55 fuerit deinde a creditore interpellatus. † Mora autem re vera interveniente eiusmodi, qualem antea descripsimus, semel cœpta deinceps in re perseverat, nec tempore, aut personis postea mutatur, nisi si purgetur. *L. Titia Seio*, §. *usuras*, *de legat.* 2.

Quibus expositis, quid sit in hac re, et quando debitor in mora esse videatur, intellectum puto. Deinceps igitur, ut est pro-
56 positum, quoniam ita definimus, † moram suam unicuique nocivam esse: *L. in con-*
57 *demnatione*, §. *unicuique de reg. iur.* † quæ moræ incommoda sint, quæ debitor, mora facta, præstare debeat, dicatur. Ac fere quidem nobis exposita sunt ea, quæ extra rem, quæ in obligatione est, mora facta præstare debeat, et quibus in iudiciis: fructus dico, caussam, et accessiones cæteras, quas res diximus ex mora præstandas esse in bonæ fidei iudiciis; in aliis non item. Nam quod in stricti iuris iudiciis tunc, cum factum non esset, quod fieri debuit,
58 id quod interest præstatur, † non tam ex mora id fit, quam natura obligationis. Neque id accessio est, sed id ipsum, quod
59 principaliter in his caussis debeatur. † De re autem ipsa, quæ et deterior fieri potest, et perire, commune hoc omnium obligationum, et iudiciorum, ut post moram utrunque hoc incommodum debitor præstet. In quo illa veterum regula, et præceptio valet, eaque sola de mora ab iis generaliter
60 usurpata est, quam tenere debeamus, † moram perpetuare obligationem. *L. si servum*, §. *sequitur*, *de verb. oblig.* Quæ eam sententiam habet, videlicet, ut, quicquid in re acciderit post moram, ut aut res interiret, aut diminueretur, perinde teneatur debitor, quasi res extaret ea, quæ iam olim petita est.

Ac primum † certo iure utimur, quæ- 61
cunque res debetur, si sine culpa, et mora debitoris interierit, debitorem liberari: si per eum factum sit, quominus daret, idest si moram fecerit, ac res postea perierit: eius videlicet detrimentum esse dicimus, perindeque teneri, ac si res adhuc extaret. *L. quod te*, *si cert. pet. L. si ex legati caussa. L. nemo*, §. *ult. de verb. oblig.* Id autem nihil aliud est, nisi perpetuam fieri obligationem. Maneret enim utique obligatio, si re vera extaret, quod peteretur.

Hoc loco existit quæstio, † præstet ne 62
interitum rei debitor post moram, etiamsi fato, vel natura sua res perierit, ut maxime eodem modo apud creditorem peritura fuerit. Et, si nobis constare volumus, ne quid mora debitoris creditori damnosa sit, dicendum est, præstare debere, ac proinde æstimationem deberi, si rem restitutam creditor distrahere potuerit: iustissima ratione, ut quod ille lucrari potuit, si rem recepisset: hoc ipsum saltem post moram a debitore consequatur. Ulpianus in *L. cum res*, §. *ult. de legat.* 1. Item si fundus chasmate perierit: Labeo ait, utique æstimationem non deberi. Quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit. Potuit enim eum acceptum legatarius distrahere. Satis habet igitur Ulpianus, quod legatarius rem distrahere potuit, non hoc spectans, an etiam probari possit, eum fuisse distracturum, vel quod id iactaret, vel quod homo pauper esset. Imo adeo si homo locuples fuit, qui fundum receptum non facile esset venditurus: quia tamen vendere potuit, putat, æstimationem consecuturum. Non enim quid non habeat, sed quid haberet, si vellet, considerandum est. Idem in *L. Item si verberatum*, §. *ult.* de rei vindic. *Si servus petitus, vel aliud animal demortuum sit sine dolo, et culpa possessoris: precium non esse præstandum, plerisque placuit. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset: moram passo debere præstare. Nam, si ei restituisset*, inquit, *distraxisset, et precium lucratus esset.* Quid hoc est? *Si ei restituisset, distraxisset?*

Minime vero, dicet aliquis, hoc necesse est, si petitori res restituta esset, fuisse distracturum. Non nego. Sed hoc sic accipiendum est, *distraxisset*, si vellet: ut totus hic locus secundum illum alterum eiusdem Ulpiani accipi debeat, ut precium, quamvis

vis re extincta, debeatur, si petitor eam distracturus erat, idest si distrahere potuit; vel, quod idem est, distracturus erat, si modo vellet. Nam, nisi ita esset: non ita, quasi explorata ratione, subiiceret, illum fuisse distracturum. Quod non semper accidit: quin potius, ut plurimum fit contra. Loquitur autem, ut apparet, utroque in loco de re, quæ sine dolo malo, et culpa possessoris perierit vel natura sua, ut morte: vel fato, ut chasmate. Quorum utrumque in re etiam restituta accidisset: ut hoc iam exploratum relinquatur, quocunque modo res perierit, sive culpa, sive absque culpa; fato, aut secus: semper æstimationem deberi post moram, si rem acceptam creditor distrahere potuerit. Et recte. Non enim res peritura fuisse videtur creditori, cuius precium habere potuit, etiam si maxime corpus absit. *L. Labeo, de verb. signific.*

63 Quod † si rem acceptam nec distracturus fuit creditor, idest si non potuit distrahere: cum culpa rei non perierit, sed fato et natura sua, nec precium restituere debebit is, cum quo actum est, sed periculum ad petitorem pertinebit. *L. si plures*, §. *ult. depositi. L. item si cum exceptione*, §. *si autem*, *de eo*, *quod met. caus.* Merito. Non enim est æquum, id exigere petitorem, re demortua, quod nec habiturus esset, si res esset restituta. Itaque verba Caii hæc, quibus utitur in *L. si plures*, depos. *quia æquum sit*, *naturalem interitum ad actorem pertinere*, *utique cum interitura sit ea res*, *etsi restituta esset*, sic interpretor: non ut reddat rationem, cur naturalis interitus ad actorem pertineat, quia interitura sit ea res, etsi restituta esset: sed ut interpretetur quod dixerat, naturalem interitum ad actorem pertinere, id fieri utique, idest tunc, cum res interitura fuerit, si esset restituta. Nisi forte *naturalem interitum* rei sic accipimus, cum res senio et vetustate confecta est. Quod nescio, an satis Iureconsultus significet, et tamen eodem redit. Non enim, ut ante dixi, intelligere debemus, rem interituram fuisse petitori, si asservata eodem casu interitura esset secundum corpus: sed ita, si nec eam distrahere potuit, nec precium lucrari. Nam qui precium rei habere potuit, huic nequaquam res periisse putanda est.

Sed non potest, inquis, ita res periisse, ut non ante petitor eam distrahere potuerit. Sic fit, ut nunquam interitus ad actorem, sed semper ad reum pertineat, contra manifestam Caii, et aliorum locorum sententiam. Imo vero multis de causis accidit, ut, quamvis res nostra fuerit, eamque possideremus: distracturi tamen non fuerimus, quia iure prohibeamur. Finge, pupillum esse, qui prædium, qui ædes suas repetat. Non potuerunt eæ res, etsi restitutæ essent, a pupillo sine decreto alienari. † Neque porro ex decreto alienatio 64
permittitur, si aliunde habeat, unde se sustentet, et creditoribus satisfaciat. *L. 1. de reb. eorum qui sub tut. vel curat. sunt.* Quid, si res erit ab herede ex die, aut sub conditione ex fideicommisso relicta, quæ ante diem, aut conditionem ab illo vindicetur? † Istarum rerum alienatio iure 65
interdicta est. *L. ult.* §. *sed quia*, cum, §. *seq. Aut. Res*, *quæ*, *C. com. de legat.* Finge igitur, interim periisse sua natura, et fato sine culpa possessoris. An non res erit, quæ heredi eodem modo peritura fuerit, quia iure distrahere non posset? Sit pater, qui filium suum ex servitute tanquam servum suum, vel sibi debitum, repetat ad manumittendum. Is filius interim perierit sine culpa possessoris. Inique faciat pater, si precium eius petat, quandoquidem illi isto modo periiset. Non enim fuit distracturus, quem inprimis manumissum cupiebat, eaque gratia etiam petebat. Ne exemplis res indigeat, si ibi ædes meæ ædificatæ sint, quas nunc peto, ubi ex publico decreto destrui iubeantur, atque interim incendio consumptæ sint: videturne quisquam eas empturus fuisse, etiam si reddidissem? Nemo dicet. Hoc modo igitur intelligendum est, rem petitori fuisse perituram, quamvis restituta esset, quia nec eam vendere potuerit: perinde etiam detrimentum ad eum pertinere secundum ea, quæ diximus. Et breviter quod creditor, re restituta habere potuit, id, ea amissa, illi præstari æquum est. Quod, re restituta, non esset consecuturus: id vero nec, ea perempta, æquum est ab illo exigi.

Cum autem constet, mora facta perpetuari obligationem, ut deinceps perinde debitor teneatur, quasi res extaret, etsi perierit: *d. L. nemo*, §. *ult. de verbor. oblig.* † consequens est, hoc posito, non 66
solum ipsum teneri post moram: sed etiam eos omnes, qui, re vere exstante, eo nomine tenerentur, nempe heredes debitoris, et accessiones, idest fideiussores, ac cæteros qui ex obligatione alterius per consequentias eo nomine conveniuntur. Idest quod Paulus significat in *L. si servum*, §. *videamus*, *et seq. de verb. obligat.* dum istis omnibus produci, et perpetuari obligatio-nem ait, ac non tantum in persona eorum

rum, qui ipsi moram fecerunt. Hoc est,
67 quod apertius alibi traditum est, † moram rei nocere quoque fideiussori. *L. si quis solutioni*, §. 1. *hic. L. mora*, *de verb. oblig.* Nec quisquam iniquum esse putet, cum fideiussor nihil fecerit, sitque etiam extra omnem culpam, ex alieno facto teteri. In totum enim ex persona sua hic non convenitur, sed debitoris, qui, cum perinde teneatur, quasi res extet; necesse est, ut fideiussor quoque idem præstet, qui eam obligationem sua fide esse iusserit. Teneretur enim sine dubio, si res extaret.

At enim fideiussoris obligatio mora rei augeri non potest. Non enim, si quid intersit creditoris propter moram, id a fideiussore exigi ultra, quam promisit, æquum est. *L. centum Capuæ*, *de eo quod cer.*
68 *loc.* † Sed aliud est augeri fideiussoris obligationem: aliud non minui. Quemadmodum igitur non augebitur propter moram debitoris: ita propter eandem caussam minui iniquum est. Nunc autem, cum fideiussor ex persona rei convenitur, non augetur eius obligatio, sed non minuitur.

69 Sed † et illa consequentia sunt, ut et res adhuc peti possit, et obligatio accepto ferri, et possit etiam novari. *L. si servum*, §. *ult. de verb. oblig.* Hæc enim omnia locum haberent, si re vera res extaret: ut generaliter hic dicendum sit moram efficere, ut res semper extare videatur.

Quod in re tota extincta diximus, ut
70 mora perpetuam faciat obligationem, † idem etsi qua in parte res diminuta, corrupta, vitiatave, aut quoquo modo deterior facta sit: dicendum est, ut in eo quoque perpetua obligatio sit, eoque nomine debitor teneatur, quanto res deterior facta fuerit. Huc pertinet, quod Ulpianus in *L.* 3. *in fi. de cond. tritic.* scripsit, cum res deterior redditur post moram, eum, qui reddat, non liberari. Quare ad tempus moræ in his reducendam esse æstimationem. Item quod idem scribit, furem deteriorem
71 rem dando non liberari. † Semper enim videri moram facere in L. *in re furtiva*, §. 1. *de cond. furt.* Ex quo declarat generaliter, qui moram faciat, in eadem caussa esse, cum mora in caussa sit, cur re deteriore reddenda fur non liberetur.

72 Quod † si res manebit, quæ fuerat, et erat integra: quod in stricti quidem iuris iudiciis (nam in bonæ fidei iudiciis aliud iuris est) quod in illis, inquam, præter rem ex mora petatur, nihil est. Itaque neque id, quod interest, peti posse, usquam relatum est. Id quod si creditor consequi posset: fructus ex mora consequeretur, quos illi non abesse plurimum eius inter-
est. An † hi certo iure non petuntur ex 73
stipulatu eiusdemque generis actionibus, etsi mora facta sit. *L. videamus*, §. *si actionem*, *de usur.* Ac † ne in vino quidem, et 74
oleo, cæterisque rebus similibus, si res post moram eviluerit, æstimatio rei præstatur eius temporis, quo mora facta est: sed, si certo die dari debuit res, æstimatur, quanti tunc fuerit: sin minus, quanti tunc, cum petita est: idest quanti fuit tempore litis contestatæ. *L. vinum*, *si cer. pet. L. ult. de cond. tritic.* L. 3. §. *in hac commod.* Quod sane vel maximo argumento est, non ideo illorum temporum æstimationem fieri, quia mora facta sit (quod si esset, satis fuisset idem hoc ipsum de omni mora in universum dicere): sed ideo, quia ita convenerat, ut illo tempore præstarentur, quod
factum non est. Atque † ego generaliter ex 75
mora peti posse id, quod interest, intelligo, si factum non sit, quod fieri debuit, ut iam ante dixi, ut si fundum certa die præstari stipulatus sim, neque traditus sit: in id, quod mea interest, agere possum:
L. si fundum certa die, *de verb. oblig.* † 76
non tamen ideo, quia mora facta est: sed pro iure communi, quod valet in omnibus faciendi obligationibus, quia factum non sit, quod fieri debuit. *L. si quis ab alio*, §. *ult. de re. iudic. L. stipulationes non dividuntur*, §. *Celsus*, *de verb. oblig.*

Cum sint hæc incommoda moræ, quæ in debitore hereant, ut, quamvis nihil dolo malo, culpave in ea re fecerit, periculo tamen rei obstringatur, tum in bonæ fidei iudiciis fructuum, et usurarum præstatio-
ne: tamen † sciendum est, non semper 77
usque ad extremum hæc incommoda debitorem sequi, sed certis modis purgari moram, ac finiri sic, ut ille omni periculo liberetur. Id dupliciter efficitur, aut voluntate creditoris, aut ipsius debitoris opera.

Voluntate creditoris, † cum sua sponte 78
remisit, ut Papinianus loquitur, repetendi debiti instantiam. *L. mora*, *hic.* Id
† quod sine ulla alia manifesta testatione 79
etiam tum fecisse intelligitur, cum, aut præsente re debita, aut absente, eandem rem ab illo novandi animo pure stipulatus est. *L. parvi*, *de cond. fur.* Nam cum veterem obligationem in novam transtulerit, et ex nova nulla mora sit, ex qua res iam solum debetur: priore illa sublata, necesse est, mora, quæ inde oritur, extinguatur. Ac, sive novatio effectum habeat, sive non habeat: tamen, quia cre-

creditor subesse putavit, voluitque, vetere
relicta, ex sequenti expectare: voluntate
eius mora finitur. *L. scire*, §. *ult. de verb.
oblig.* Hæc tamen ita, ut dixi, si pure no-
vandi animo stipulatio sequens interposita
80 est. † Cæterum, si creditor eandem rem
sub conditione stipulatus est: quia prior
obligatio non statim tollitur, sed tunc de-
mum novatio fit, cum conditio posterioris
stipulationis exstiterit: mora non extingui-
tur, nisi, re præsente, stipulatio sequens
interposita sit: quod si accidat, ut res præ-
sens sit, etiam hic mora finietur. Nam qui
rem præsentem non accepit, sed maluit ex
posteriore stipulatione exspectare, haud du-
bium id quidem est, quin hic debitori de-
biti repetendi instantiam remiserit. Hæc ita
Marcellus in *L. qui decem*, §. 1. *de solut.*

81 De facto autem rei † placet, eum, qui
interpellatus aliquando dare noluit, postea
offerentem periculo liberari, quamvis invi-
to creditore. *L. interdum*, §. *ult. L. qui
servum*, §. *sequitur*, *de verb. obli. L. qui
decem* §. 1. *de solut.* Quo facto proprie,
82 atque usitate † *purgare moram*, *eluere*, *e-
mendare*, *delere* debitor a Iureconsultis di-
citur, cum scilicet ita deleas, quasi nulla
sit, nihiloque magis tenearis, quam si non
fecisses. Nec, quia debitor aliquando in-
terpellatus improbe solutionem distulit: ideo
creditor nunc, illo offerente, iuste recusa-
verit. Nec præfracte regulam iuris accipie-
mus, post moram perpetuari obligationem,
ut eius rei periculum effugere non liceat,
quin solvere necesse sit. Hæc enim quæ-
stio, ut Celsus adolescens dicebat, de æquo,
et bono est, *in quo genere plerunque*, in-
quit *sub authoritate iuris scientiæ perni-
ciose erratur. L. si servum*, §. *sequitur.
de verb. oblig.* Non est autem æquum, te-
neri, pecunia amissa, eum, qui non tene-
retur, si creditor accipere voluisset, ut re-
cte Marcellus disputat in *L. qui decem*,
in princ. de solut. Et eleganter definit,
83 pro † soluto haberi oportere id, in quo
creditor accipiendo moram fecit. Recte e-
tiam Paulus in *d. L. si servum*, §. *se-
quitur*, de verb. oblig. *Cum de damno
quæritur*, inquit, *et par utriusque caussa
est*, *quare non potentior sit*, *qui tenet*,
quam qui persequitur? sic fit, ut unicui-
que mora sua noceat iuxta regulam iuris.
L. in condemnatione, §. *unicuique de reg.
84 iur.* Hinc dictum est, † posteriorem mo-
ram nocere. *L. illud*, *de peri. et com. rei
vend.*

Sed, cum dicimus, moram purgari, ut
periculo rei liberetur debitor: diligenter,
quid a nobis dicatur, considerandum est.
Nempe hoc eo pertinet, ut ne futuros ca-
sus rei debitor præstet, ex quo moram fa-
cere desierit. Cæterum † si quid propter 85
præcedentem moram iam intersit creditoris,
si qua in re ius illius factum sit deterius:
etiam, atque etiam animadvertendum est,
huius rei actionem illum postea offerendo
evitare non posse. Diligentia enim sua, et
cautione sibi in futurum prospicere potuit:
eo modo deteriorem conditionem creditoris
facere non potuit. Quapropter nihilominus,
si qua in re res petita deterior facta sit,
id semper ab illo consequi poterit. *L. uti-
que*, *de recept. arbit.*

Quæ in re, quæ debetur, offerenda di-
ximus, † eadem omnia in faciendi obliga- 86
tionibus intelligenda sunt. Nam et cum præ-
terierit tantum temporis, intra quod opus
fieri potuerit: non iam factum ipsum, sed
pecunia peti potest. *L. stipulationes*, §. *Cel-
sus*, et §. *ult. de verb. obligat.* Veruntа-
men, † si ante litem contestatam redem- 87
ptor operis insulam ædificet, idest faciat
quod in se est: hunc quoque liberari pla-
cet. *L. si insulam*, *de verb. oblig.* Et rur-
sum † hoc quoque sic accipiendum est, ni- 88
si quid iam mea intersit, quod huc usque
cessaveris. Finge, ligna tempore corrupta
esse: finge cæmenta, lapides, operarum
aliquas mercedes periisse, rem mihi vacas-
se, cum fructus interim percipere liceret.
Ea mihi abs te omnia præstari æquum est.
Et sane de eo, quod mihi incommodatum
est, cum mihi iam abs te actio nata sit:
eam actionem mihi facto tuo adimere non
potes. *L. ita quis*, §. *Seia. L. stipulatio-
nes.* §. *ult. L. existimo*, §. *ult. de verb.
oblig.* Quod ergo dicitur, posse te postea
ædificantem liberari, sic intelligendum est:
posse te liberari, ne pecuniam pro eo, quod
facere debueras, si omnino non faceres, præ-
stare cogare, ubi nunc ædificando nihilo
pluris intersit mea, quam si ab initio es-
set ædificatum: non ut, si qua in re mea
intersit, quod antea, cum posses, non ædi-
ficaveris, quamvis nunc ædifices, eius rei
præstationem evites, cum iam mihi damnum
datum sit. Et in summa oblatio rei, ne
in aliquod sequentis temporis periculum in-
curras propter cessationem tuam, efficere
potest, ut creditoris non intersit, si quid
iam interest, præstare non potest.

Quo † fit, ut illic quoque supervacua sit 89
rei debitæ oblatio post moram, cum aliquid
creditori deberi cœperit ex mora, quod quo-
minus debeatur ex conventione, evitari non
possit. Id accidit, quoties certo die aliquid
pro-

promissum est, ac, nisi eo die daretur, pœna in stipulatum deducta est. Nam, si sua die res data non sit, pœna deberi cœpit necessario ex conventione, qua commissa, non possis efficere postea ulla oblatione, quin verum sit, te semel pœnam debere cœpisse *L. Celsus, de re cep. arb. L. traiectitiæ, de obligat. et act.* Absurdum sit autem actionem creditori quæsitam invito auferri *L. habere, de evict. L. pen. de pact.* Denique quod iam creditori acquisitum sit per debitoris moram: in eo de purgatione moræ quærere supervacuum est. In quo autem res adhuc integra est, id est, cum nihil aliud debetur, quam quod in obligatione a principio fuit, nec mora ius actoris factum est deterius: in eo, dum futurum periculum timemus, ei periculo iam ante occurrere possumus, rem, quæ debetur, offerendo. In eoque moræ purgatio locum habet.

Atque hoc de pœnali stipulatione dictum est a nobis, cum in stipulatione principali certus dies dictus est solutioni, ac deinde
90 pœnalis stipulatio secuta est. Nam † si pure aliquid debeatur, quod, nisi solutum sit, pœna promittatur: etsi mora facta sit a debitore: rem tamen postea offerendo pœnam evitabit. Nimirum ob id, quod pœnalis stipulatio hoc casu commissa non est, et ideo nondum pœna debetur. Nondum enim verum est, debitorem non dedisse, quod illum dare oportuit. *L. 1. de penu. leg.*

91 Unum plane genus stipulationis in his † excipio. Ea est, quæ fit iudicio sistendi caussa. Cum enim ita convenit, ut quis iudicio certo die sisteretur ac, nisi sisteretur, pœna promissa est; etsi eo die statum non sit: si tamen post tres, aut quinque, pluresve dies, quam iudicio sisti se reus promisit, secum agendi potestatem fecerit, nec actoris ius deterius ex mora factum sit: Caio placet, defendi eum debere per exceptionem, *L. etsi post tres, siquis caut.* Non quod non summo iure hic pœna commissa sit: sed quia iniquum sit pœnam exigi, quæ propter metum eius, quod interest creditoris, promissa est, cum palam est eius nihil interesse.

92 At enim traditum est, † cum pœnam stipulamur, non inspici, quid intersit: sed hoc solum, an id factum non sit, quod fieri debuit. *L. stipulatio ista, §. alteri, de verb. oblig.* Concedo, cum illud constat, nihil aliud spectasse stipulatorem, nisi ut id fieret, quod fieri voluit. Enimvero ubi id spectavit, ut id fieret ad suum aliquod commodum, quod voluit, idque certum est: non debet, si nihil eius intersit, pœnam petere, quia non id actum est. Id quod in hoc genere stipulationis apparet. Nam qui stipulatur adversarium iudicio sisti, non eo stipulatur, quia libeat illum in iudicio conspicari: sed ut cum ipso liceat eo tempore, ut vult, de iure suo experiri. Demus igitur alio tempore stetisse non multo post, et æque commode cum illo experiri posse. Et durum, et iniquum est pœnam exigere. Non enim hic verba stipulationis, sed sensum et mentem intueri debemus. Contra sententiam autem stipulatoris nihil factum est, si eius nihil interest. † Præclare vero a veteribus dictum 93
est, summum ius summam esse crucem. Quod si commodum ullo modo esse posset, illo tempore aliquid fieri: etiam si non probaretur, commissa esset pœna. *L. Celsus, de recept. arb.* Nunc nihil interesse perspicuum est.

Atque etiam hic sciendum est, quibus in caussis moram purgari posse diximus,
† ante litem contestatam duntaxat purgari 94
posse: post litem contestatam non posse.
† Idque sine dubitatione in faciendi obli- 95
gationibus receptum est. Cum enim petita sit pecunia ob id, quod opus factum non est: post litem contestatam nihil iam in iudicio, nisi pecunia, versatur. Quo fit, ut opus faciendo, nempe aliud pro alio solvendo, debitor non liberetur. L. *si insulam, de verb. oblig.* Sed de specie debita dubitatur. Nam si eam post litem contestatam offerat debitor, id ipsum offert,
quod petitum est. † Sed verius est, ne hic 96
quidem factum actoris, nisi usque ad tempus iudicii, ipsi nocere *L. sed etsi, alia, de constit. pecu.* Non quo non debitor actori satisfaciendo, idest rem, et damna litis præstando, officio iudicis absolvi debeat: *§. ult. Instit. de perp. et tempo. act.* sed quod vel secuudum eam regulam, nisi iudicis officio absolvatur, nihil sine iusta caussa recusari a creditore videatur, qui, lite suscepta, semel rem totam arbitrio iudicis
permiserit. Et sane constat, † iudici sta- 97
tim, atque iudex factus est, omnium rerum officium incumbere, quæcunque in iudicio versantur. *L. Ædiles, §. item sciendum, de æd. edict.* Ita fit, ut actor rem oblatam recte recusare possit, si dicat, non omnia sibi reddi, quæ oportet. Nam, si præter rem cætera quoque offerantur, quæ petitoris intersunt: neminem arbitror tam fore suis rationibus inimicum, ut id, quod offertur, sit recusaturus.

de-

Atque hæc de debitore dicta sunt illa
98 quidem: † sed ita, ut, mutata persona debitoris, eadem omnia in creditore accipere debeamus, si is in eo, quod offertur, accipiendo moram fecerit. De quo superest, ut pro instituto iam breviter cognoscamus. Ut igitur debitori sua mora nocet: ita no-
99 cet et creditori. Itaque † non solum si rem oblatam creditor accipere noluerit, eaque postea perierit, debitor liberatur, ut modo diximus: *L. si servum*, §. *sequitur*, *de verb.*
100 *obligat.* sed etiam in nummis, † si debitor decem, quæ debet, obtulerit creditori, et ille sine iusta caussa accipere recusaverit, deinde debitor ea sine culpa sua perdiderit: doli mali exceptione poterit se tueri, quanquam aliquando interpellatus non solverit. Quamvis enim verum sit, quæ decem perierunt, non ea fuisse, quæ debe-
101 bantur, † vulgoque dici soleat, genus, ut pecuniam debitam, perire non posse: L. *incendium*, *C. si cert. pet.* tamen rectissime Marcellus: *Non est*, inquit, *æquum teneri, pecunia amissa, eum, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset* L. qui decem, *de solut.*

Sed, ut debitor, quamvis interpellatus, si iusta de caussa non solvit, moram non facit: ita † creditor moram facere in acci- 102
piendo intelligitur is solum, qui, quod opportuno loco, et tempore offertur, recusat accipere. † Quod autem secus offertur, eius 103
recusandi honesta ratio est. *L. si soluturus*, *de solut. L. qui Romæ*, *in prin. de verb. oblig.*

Iam quod diximus debitorem, cum moram fecerit, rem postea offerendo purgare moram: † idem quoque in creditore intel- 104
ligendum est, ut si, postquam rem accipere recusarat, eam rursus a debitore petat: ille recusando moram facere intelligatur, si non res ipsa sine culpa eius iam perierit. *d. L. qui decem*, *de solut. L. debitor*, *hic.* Adeo † illud vere dictum est, 105
moram posteriorem unicuique nocere. L. *illud*, *de per. et commo. rei vend.* Hactenus de mora.

HUGO-



HUGONIS DONELLI
JURISCONSULTI
C O M M E N T.

Ad L. penult. Gallus. TIT. D. de Liberis. et Postumis.
Scævola lib. 7. Quæstionum.

Callus Aquilius sic posse institui postumos nepotes induxit, si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quæ neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natave erit heredes sunto.

S U M M A R I A.

1. *Summa totius legis* et seq.
2. *Quid caverit Caius Aquilius, et quid Lex Velleia.*
3. *Dubitandi ratio, eiusque solutio a Veteribus interpretibus excogitata et* n. seq.
4. *Eadem a Donello refutata et* L. a fratris penult. D. de legat. 1. et §. postumus 28. Inst. de Legat. ibid. *exposita.*
5. *Pressior veterum confutatio.*
6. *Alia superiori dubitationis solutio hic ab auctore proposita, et quæ.*
7. *Quinam sint postumi, quos institui posse Gallus induxit.*
8. *Et quatenus illi possint institui.*
9. *Quomodo idem Gallus potuit hoc inducere.*
10. *Verbum* induxit, *quo sensu accipiendum.*
11. *Quae hic verbi* instutui *significatio.*

1 PRoponitur hac † lege sententia Gallii Aquilii, item legis Velleiæ: quorum utrumque, est de nepotibus nondum natis instituendis, quos pater præcedit: utroque id agitur, ut instituere liceat, sub hac conditione: si pater vivo avo decesserit, idest,
2 si nepotes sui nascentur. Duo hæc † ita distinguuntur: Gallus Aquilius de nepotibus tantum postumis cavit, idest, qui post mortem avi nascentur: relicti erant, qui post testamentum nascantur vivo avo, ergo de his L. Velleia cautum est, §. *Et quid si tantum*, vers. *hi enim casus*, §. *nunc de lege*, *in pr.* Item *circa fin. in* vers. *denique*, *h. L.* De sententia Galli Aquilii Scævola initio tractat, quam interpretatur tantum; etiam de L. Velleia in §. *nunc de lege.*

Sententia Galli initio proponitur, simul quid ea sententia cautum sit. Est autem hæc propositio: Gallus induxit, sic posse postumos nepotes heredes institui, ut est
3 in formula. Hic quæritur: † frustra Gallus et Scævola laborarunt: nihil opus fuit hoc inducere de nepotibus, quia etiam antea institui potuerunt. Plus dicimus, Gallus non induxit nepotes posse institui, id enim inducitur, quod antea non fuit: antea institui potuisse argumento est, quod si Gallus aliquid induxit: necesse est, aut nepotes ante institui non potuerint, aut non hoc modo, ut Gallus scripsit. Antea potuerunt. Sciendum, postumos duplices esse: alios suos; alienos quosdam. Alieni sunt, qui nati inter suos heredes futuri non sunt; sin, contra, §. *postumo*, §. *postumus*, *de legat.* Postumos alienos institui non potuisse, certum est ex §. 1. *Instit. de bon. poss.* Nepotes postumos alienos non induxit, nam non potuit: nec, si posset, fecit. Non potuit, quia cautio hæc non est lex, sed Galli sententia, §. *et bene.* At sententia est hominis privati affirmatio, lex, præceptum et iussus: sententia privata est; lex commune præceptnm, L. 1. *de legib.* Ergo cum iure institui non

pos-

possent, Gallus contra facere non potuit. Nec si potuisset, voluit. Nam Gallus id induxit, postumos institui posse, qui sui nascerentur, §. *hi enim casus*, *et* §. *seq.* hoc item ex formula liquet. Nepotes ergo alienos institui posse non dicit; suos vero multo minus. Nam etsi de suis nepotibus Gallus cavit, tamen sui antea institui potuerunt. Ergo ipse hoc non induxit. Id probatur ex eo, quod postumi solum alieni excepti sunt: idest, solum hoc de alieno postumo scriptum est. Porro plura genera postumorum esse non possunt, ut defini-
4 tiones declarant. In hac difficultate † veteres dicunt, Gallum de postumis alienis induxisse: secundum quod recte dictum est, inductum esse ut instituantur, quoniam ante non poterant. Hanc sententiam satis diluimus. Probant id tribus ex locis. Primo ex *L. a fratris*, *pen. de legat.* 1. ibi dicitur: *obtinuit Galli sententia*, *nepotes postumos alienos legitimos nobis heredes fieri posse.* Respondeo, nihil ille locus huc facit: quia hoc loco agitur de nepotibus instituendis; illic de legitimis heredibus scribitur. Legitimi heredes sunt, qui sine testamento heredes fiunt lege: Sic legitima tutela, sic legitimi heredes, qui ab intestato. Præterea hoc loco Gallus agit de nepotibus instituendis, qui sui nascentur: *L. pen.* agit de postumis penitus alienis, puta de fratris filio. Ergo necesse est fateri duas hasce sententias esse: quarum una est de nepotibus instituendis, idest nepotes institui posse solum, qui sui nascentur; altera de nepotibus legitimis heredibus, idest omnes etiam alienos legitimos heredes nobis fieri posse. Sententia Pauli obiter hæc est: Quæstio est, utrum a fratris postumo, idest filio qui post mortem patrui nascetur, fideicommissum relinqui possit a patruo: Duo impediebant, quæ Paulus removet. Primum quod postumo alieno legari non potuit §. *postumo*, *Instit. de legat.* ex quo colligitur ab eo quoque legari non posse. Nam ab eo relinquere possumus, cui aliquid relinquimus. *L. ab eo*, *C. de fideicomm.* Alterum impediebat, quod cum patruus a fratris postumo fideicommissum relinquit, tacite postumum heredem esse velle intelligitur, heredem legitimum; quia, cui nihil legamus ab eo legare non possumus, aut fideicommittere, nisi eum heredem legitimum faciamus, *d. L. ab eo.* At postumum alienum legitimum heredem facere non possumus, quia instituere non possumus. Duo hæc ita removet Paulus. Legari postumo alieno non potest. Esto: at fideicommitti potest, et ideo ab eo fideicommissum relinqui, quia in legatis subtilitas iuris spectatur; in fideicommissis voluntas sola servatur. Quod autem de heredibus faciendis dicitur, non recte colligitur: Postumi alieni institui non possunt, ergo legitimi heredes fieri non possunt. Contra obtinet, legitimos heredes fieri posse. Nam ideo postumum alienum instituere non possumus, quia iudicium certum testantis esse debet; legitimi heredes fieri possunt alieni postumi, quia per rerum naturam certi sunt, cum nascentur. Lex autem solum iubet heredes esse, qui nascentur. Summa: nihil minus probari ex contraria L. quam postumos alienos institui heredes posse. Citatur et §. *postumus*, *Inst.* de legat. *postumus alienus et antea institui potest*, *et nunc potest.* Sic argumentantur. Ante Gallum Aquilium non potuit: post Gallum Aquilium non probatur id inductum esse. Ergo necesse est a Gallo Aquilio inductum. Resp. Postumus alienus Iure civili non potuit institui, nec ante Gallum, nec post. Quod primum a Iustiniano inductum est, Tit. *de bonor. posses. in pr. Instit.* Quod autem Iustinianus scribit, antea potuisse, sic intelligitur: videlicet, Iure Prætorio. Nam bonorum possessionem secundum tabulas petere potuit. Hic rursum obiicitur: Non modo iure Prætorio potuit, sed etiam Civili, *d. t. de bon. posses. in pr.* ubi dicitur, induxisse se, ut postumus alienus institui possit, quasi nec iure Civili incognitus. Id sic interpretandum: Postumum iure Civili non fuisse incognitum, non quod certo institui posset, nam revera nunquam potuit; sed quod non sit incognitus, si quis ius recte interpretaretur, quod veteres non faciebant. Nam si quis recte attendat: postumus alienus, incerta persona non est. Cæterum aliud veteres existimabant, et ex ea sententia institui non potuit. Hoc probatur ex eo, quod primus Iustinianus hæc constituit; ergo antea non
potuit institui. Breviter † dicam, nec de 5
postumo alieno induxisse Gallum, neque de suo, quia is antea institui potuerit, ergo in hac re nihil induxisse. Restat si potuerunt institui antea, hoc modo institui non potuerint, ut Gallus cavit. At ne hoc quidem verum est: nec in hac re quicquam Gallus induxit, si antea institui hoc modo non potuerunt. Modum hic intelligimus, aut ut non potuerint institui hac conditione, *si filius me vivo morietur*, aut non his verbis quæ Gallus concepit. Hac conditione antea maxime institui potuerant. Nam secundum hanc conditionem instituitur nepos, qui suus na-

nascetur. Suos institui potuisse satis constat: ut his verbis institui possent, non induxit: nam quibuscunque verbis potuerunt. Præterea de verbis et formula Gallus non cavit. Stultum est, cum res quovis modo fieri potuerit, adstringere eam formulæ. Præterea hæc sententia Galli appellatur. §. *et bene*, *h. L.* At sententia non est nisi de re inter aliquos controversa. De verbis quæsitum non fuit. Postremo, ut intelligatur eum de verbis non cavisse, placet aliis quibuslibet verbis posse institui, etiam ex Galli sententia, §. 1. §. *quare non iudex*, *h. L.* Ergo si alieni postumi institui non possunt, etiam ex Galli formula; si sui antea potuerunt quovis modo; si de verbis non cavit Gallus: is nihil omnino induxit. Aut si formulam commodiorem concipere voluisse dicimus, hoc totum inutile est, cum
6 aliis verbis quibuslibet potuerint institui.
Sic dicendum †. Fatendum de alienis postumis Gallum non cavisse, item suos antea institui potuisse, sed non ideo nihil induxit: Sui enim potuerunt institui, sed posse non putabantur a veteribus, ex eaque sententia institui non potuerunt. Id ita colligitur: Sententia non est, nisi in re controversa. Ergo Gallus hoc sensit, quia alii contra sentiebant. Aut iure sentiebant, aut errore. Iure non sentiebant, alioqui Gallus contra non potuisset inducere. Hoc posito, quærendum quid veteribus obstiterit, quominus putarent institui. Caussa hæc fuit. Constabat postumum alienum institui non potuisse; id ex Iure Civili sumptum esse Iustinianus dicit: Ius civile utrum Legem XII. Tab. interpretamur, an vero interpretationem Prudentum? Theophilus L. XII. Tab. interpretatur. Sed fortasse non recte, quia lege XII. Tab. plenissima potestas erat heredes instituendi. *L. verbis*, *de verb. Signif.* Magis ergo est ut natum sit ex interpretatione prudentum. Nam veteres L. XII. Tabularum sic acceperant: ut quisque legare posset, si certo iudicio legaret. Hinc ius est, incertas personas institui non posse. Ulp. *in fragm. Tit. de Hered. instituend.* Colligitur hoc modo: ex Iustiniano incertæ personæ legari non potuit. §. *incertæ*, *de Legat.* Cum incertis personis non fuit testamenti factio, alioqui recte legaretur, §. *legari*, *de Legat.* Si cum incertis non est testamenti factio, ne heredes quidem institui possunt. *L. alienum*, §. 1. *de Hered. instit.* Certum ergo incertas personas institui non posse. Et hæc est caussa, cur postumus alienus institui non potuerit, quia incerta persona est, quæ in rerum natura non est. *d.* §. *incertæ*, §. *postumo quoque*, *Institut. de legat.* Hæc ratio quibusdam displicet, quia si hæc caussa est, cur postumus alienus institui non possit, eadem de caussa nec suus postumus poterit. Respondeo: non recte colligitur. Nam ius generale est, universas incertas personas instituti non posse, idque tam ad suos quam alienos pertinere. Sed hic *sui* excepti sunt. Placuit enim omnes *suos* heredes hereditatem tenere ab intestato, nisi aut institui aut exheredati sint. *L. in suis*, *de lib. et postum.* Hoc posito, consequens esse videtur ut nepos postumus institui non possit, quem pater antecedit, in quo error veterum fuit. Postumus alienus est, qui natus inter suos heredes futurus non sit. Inter suos heredes, idest, in suis heredibus, in numero suorum. Porro non est in numero suorum nepos, quem pater antecedit; is enim suus est, quem nemo antecedit, §. *sui*, *de Hered. qual.* Ex quo colligitur, postumum hunc institui non potuisse. Hunc scrupulum Gallus Aquilius exemit: fassus est, si quis tempus testamenti spectaret, hunc postumum, quem pater antecedit, alienum fore, et ideo institui non posse, in hunc casum, quo pater antecederet. Sed si pater eius moreretur, antequam postumus nascatur, et in hunc casum instituatur: nihil instituetur, nisi suus. Ideo ex iure Civili recte in hanc conditionem instituetur, in quam rem formulam concepit, quæ hanc conditionem habet. Hæc sententia post obtinuit pro iure
certo. Itaque postea ius antiquum appella- 7
ta est. In formula hæc † animadvertenda sunt: primum quos Gallus induxerit institui posse. Hi sunt nepotes postumi, idest, qui post mortem avi testantis nascentur, sed quos pater antecedit, dum avus testamentum facit. Itaque hi omnes, sed qui in decem mensibus, quo filius morietur, nati erunt. Cur hoc? quia ex L. XII. Tab. qui undecimo mense nascitur, legitimus non est. Summus finis nascendi decem menses
L. 3. §. *ultimo de Suis et legit.* Gellius 8
Lib. 3. *Capit.* 16. Non possunt institui † sui principaliter, sed sub conditione duntaxat. Ea est, *si filius me vivo morietur.* Cur hæc adiicitur? Non ob aliud, quam quod si filius semper viveret, nepos institui non posset. Alioqui si in omnem eventum institui posset, stulte Gallus hanc conditionem adiecit; sed providit ne alienus institui videretur. Hac enim conditione fit, ut nepos suus nascatur. Suus enim est, cu-

cuius pater vivente avo decessit §. *sui*, *de Hered. qualit.* §. *ita demum*, *de Hereditat. quæ ab intest.*

9 Mirabitur quis, cum † Gallus fuerit civis privatus, quid potuerit inducere? Respondeo: fuit IC. cuius cum in cavendo populo Romano summa industria fuit, tum præcipua auctoritas, ut quæ ab illo cauta essent, pro iure publico reciperentur. Cic. *in orat. pro Cecinna.* Hæc auctoritas ita intelligitur, si proponemus ea quæ ab illo cauta et recepta sunt. Is primus doli mali protulit actionem et formulam. Invenit etiam ut omnes obligationes per acceptilationem tolli possint, cum prius in stipulationem, quæ ab Aquiliana dicitur, fuerint deductæ §. *per acceptilationem*, *Quib. mod. toll. oblig.* Fecit etiam postumos alienos legitimos heredes institui *L. prin. de legat.* 1. Fecit etiam ut valeret institutio, siquis ex re certa instituitur *L. si ita quis heres*, *de hered. instit.* Eiusdem est hæc præsens formula.

10 *Induxit † posse.*) ideo induxit, quia ante non poterant, non quia lege non poterant, sed quia hæc sententia invaluerat, ut non viderentur posse, tanquam alieni postumi, quos videlicet pater præcedebat. Non autem ius novum fecit, sed hoc modo ex lege fieri interpretans, ut ipse præscribit. Rationem autem novam induxit. Nam veteres putabant tempus testamenti faciendi spectandum: quo tempore verum est, postumum alienum heredem futurum. Gallus docuit, spectandum tempus quo nascatur. Dum ergo eo tempore suus nascatur, legi satisfactum est §. *nunc de lege Velleia.* Cur id tempus spectandum? quia non instituitur is qui nunc sit, sed qui postea futurus est. Ergo qualis sit, tunc demum spectandum est, cum in rerum natura esse ceperit.

Institui †) non recte institui dicere videtur. Nam nepotes substituuntur: prius enim filium institui oportet. §. *in omnibus*, *h. L.* Deinde instituitur nepos, si filius morietur: hæc autem nihil nisi substitutio est in locum filii deficientis: Præterea substitui nepotes dicuntur. *L. cum in testamento*, *de hered. instit. L. si mater*, §. *ult. de vulg. et pup. subst.* Respondeo: utrumque recte dicitur, nepotes substitui et institui, quia institutionis verbo etiam substitutio continetur, quoniam substituere est secundo gradu instituere. *L. si mulier*, §.*ult. de condit. inst.* Scævola maluit dicere institui, quia non erat quæstio, utrum primo gradu an secundo institui possent, sed an simpliciter in totum institui. Receptum ergo est ut possent institui: quæsitum est quo gradu. Et placet secundo. 11

Ad §. Quidam.

Quidam recte admittendum credunt, etiam si non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat: ut eo casu valeat qui ex verbis concipi possit.

SUMMARIA.

1. *Scaevolae verba non nisi interpretationem, quam exstensivam dicunt, continere.*
2. *Quatuor eam in rem animadverti a Scaevola, et quae.*
3. *An in formula Galli conditio*, si filius meus vivo me moriatur, *potuerit omitti, et quatenus.*

1 Ex hoc † §. *usque ad* §. *nunc de lege*, verba sunt Scævolæ, quibus continetur, non reprehensio formulæ Galli, ut magno peccato veteres dixerant, sed interpretatio et productio sententiæ Galli. §. *quare*, *et* §. *et pene*, *h. L.* interpretatio in hoc est: docet quid de verbis formulæ omitti possit, quid prætermissum suppleri et produci. In eo quatuor † vult animad-
2 verti. Primo quod Gallus voluit nepotes institui sub conditione. Secundo quod Gallus de nepotibus tantum cavit. Tertio quod Gallus conditionem concepit in casum mortis filii. Postremo, quod ut institutio valeret, de filio nihil attigit. De primo, Gallus voluit nepotes sub conditione institui. 3
Hæc † conditio omitti potest, ut eo casu valeat institutio, qui ex verbis concipi potest. At non potest institutio nepotis postumi valere, nisi adsit ea conditio: si filius prius decesserit, idest, suus esse desierit, ad hoc ut postumus suus nascatur. Respondet Scævola: verum hoc: sed conditio hæc omissa intelligi potest, et concipi ex verbis: concipi, idest, mente et cogitatione concipi et intelligi. Quid cum hæc conditio prætermissa erit, quomodo potest intelligi? hoc modo, quia in formula reliqua hæc

ver-

verba sunt: *decem mensibus, quibus filius moriatur.* Si filius moritur, necesse est mortuo, aut vivo avo moriatur. Mortuo non intelligitur, quia si mortuo avo moreretur, postumus institui non posset, quia suus non esset. Quo modo alter casus intelligi debet; si vivo avo moritur. Idem dicendum, si de morte filii nihil omnino dictum sit: ut, filius heres esto, quisquis mihi ex eo nascetur, heres esto; valebit institutio. §. *quare*, quia ut hæc institutio valeat, eundem casum concipi et intelligi oportet.

Ad §. Idem credendum.

Idem credendum est Gallum existimasse, et de pronepote, ut dicat testator, *si me vivo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos* etc. Sed et si vivo filio, mortuo iam nepote, cuius uxor prægnans esset, testamentum faceret, potest dicere, *si me vivo: filius decedat: tunc qui pronepos*, etc. Num si et filius, et nepos vivat, concipere, utrisque se vivo mortuis, tunc qui pronepos nasceretur? Quod similiter admittendum est ita sane, si prius nepos, deinde filius decederet: ne successione tastamentum rumperetur.

SUMMARIA.

1. *Galli sententiam ex interpretatione Scaevolae ad pronepotes et alios deinceps protendi.*
2. *Quid si dicat avus:* si filius et nepos vivo me morietur, tunc qui pronepos nascetur, heres esto: *an filio priore mortuo pronepotis institutio valeat.*

1 Gallus in formula superiore de nepote tantum cavit, an ergo † in nepote sententiam eius tantum admittemus? Ait Scævola idem de pronepote et sequentibus intelligi debere, idest, et pronepotem institui posse, hac conditione; si præcedentes eum personæ vivo avo decesserint. Ut avus nepotem habens et pronepotem recte dicet, *si nepos me vivo morietur, pronepos heres esto*, item habens filium recte dicet, *si filius moriatur, pronepos heres esto*, item si filium et nepotem habeat, utroque præmortuo. Monet in *vers. Nunc si*, si quis † filium, nepotem, pronepotem habet, recte ita dicet: *si filius et nepos me vivo morietur, tunc qui pronepos nascetur heres esto.* Hoc ita admittemus, si prius nepos decesserit, quam filius, quia si filius decedat, nepos in locum eius filii succedit, et iura sui heredis nanciscitur: quæ res facit, ut testamentum rumpatur: §. *postumorum, de Exhered. liber*, §. *sciendum, inf. h. L.* Non potest autem institutio pronepotis valere, nisi testamentum valeat. Tertium sequitur in §. sequenti. 2

Ad §. Et quid.

Et quid, si tantum in mortis filii casum conciperet? Quid enim, si aquæ, et ignis interdictione peteretur? Quid, si nepos, ex quo pronepos institueretur (ut ostendimus) emancipatus esset? Hi enim casus, et omnes, ex quibus suus heres post mortem, scilicet avi nasceretur, non pertinent ad legem Velleiam. Sed ex sententia legis Velleiæ, et hæc omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis cæteri casus admittendi sint.

Quid si quis filium apud hostes habebat, testaretur? quare non induxit, ut si antea, quam filius ab hostibus rediret, quamvis post mortem patris, decederet: tunc deinde nepos, vel etiam adhuc illis vivis post mortem scilicet avi nasceretur; non rumperet. nam hic casus ad legem Velleiam non pertinet. Melius ergo est, ut in huiusmodi utilitate, præsertim post legem Velleiam, quæ et multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur: ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscunque casibus nepos post mortem natus suus esset, rumperetque præteritus: atque etiam si generaliter, quidquid sibi liberorum natum

tum erit post mortem, aut quicunque natus fuerit, sit institutus, si suus nasceretur.

SUMMARIA.

1. *Galli sententiam ad eos etiam postumos nepotes pertinere qui aliis modis quam morte patris*, sui *nascuntur*; *modi illi qui sint*, *per tot.*

3. *Florentina lectio notata*, *et ex Haloandro emendata*

1 GAllus voluit † nepotes postumos institui: sed hac conditione, si filius vivo avo morietur. Hæc conditio id agit, ut postumus instituatur, qui suus nascetur. Nam is nepos suus nascitur, cuius pater in potestate avi esse desiit, quod præcipue contingit morte. §. *sui*, *de Hered. qualit.* Quod multis aliis modis contingit, ut filius in potestate avi esse desinat, ut si deportatus erit, si emancipatus, si ab hostibus captus erit, ibique decesserit §. *cum autem*, §. *si ab hostibus*, §. *præterea*, *Quib. mod. ius. patr. potest.* Hæc cum ita sint, quærit Scævola. Cum Gallus unum casum mortis filii expresserit, utrum cæteri casus admittendi sunt, quibus eodem modo filius esse desinat in potestate, ut postumus, qui suus nascetur, institui possit. Sententia Scævolæ est, omnes casus similes admittendos, ut si filius vivo me deportatus, emancipatus erit, si ab hostibus captus ibi decesserit: nepos ex eo, qui post mortem nascetur, heres esto. Item generaliter, quisquis ex filio nepos suus nascetur, heres esto, sive quodcunque nascetur. Admittendos esse hos casus probat Scævola, primo utilitate huius sententiæ, deinde Legis Velleiæ exemplo. Utilitatem intelligit, quia hoc admittere necesse est, nisi velimus multis casibus rumpi testamentum. Exemplum legis Velleiæ, quia ea voluit omnes, qui vivo avo nascentur, institui posse, dummodo sui nascantur, nec distinguit quomodo. Recte colligitur: si hoc in iis recipiendum est, qui post testamentum nascuntur, par est in his recipi, qui mortuo avo nascentur: nam ratio nulla differentiæ reddi potest. Sed tertium argumentum fuit, quod satis esse debebat. Mors filii non aliud efficiet, nisi ut nepos postumus suus nascatur. Ergo quibuscunque aliis modis suus nascatur, idem ius erit. *L. non possunt*, *cum LL. sequent. de legib.*

Ait, *Et quid si tantum.* Quid si tantum testator in mortis filii casum concipiat institutionem, quasi dicat, nonne manca erit formula Galli, id est, nonne multis casibus eventurum est, ut testamentum rumpatur? Subiicit, *quid enim si filius deportetur*, *quid si emancipetur*? quasi diceret, nonne his casibus futurum est, ut testamentum rumpatur. Et certe futurum. Nam iis casibus futurum est, ut nepos postumus suus nascatur, quando pater suus esse desiit, §. *sui de Hered. qual.* Quod si postumus suus nascitur, et præteritus est, testamentum rumpitur, §. *postumi*, *et seq. de Exhered. liber.* præteribitur autem, si his casibus iustitui non potest.

Versic. *hi enim casus.*) Hoc *vers.* tacite respondet tacitæ obiectioni, quamvis cæteri casus ex sententia Galli non admittantur, non tamen ideo testamentum rumpi necesse est, dixerit quis. Nam si ex sententia Galli his casibus institui non potest, poterit tamen ex lege Velleia: sic testamentum non rumpitur. Sic respondet: Vere dixi, periculum rumpendi metui, si superiores casus non admittantur: quia hi casus deportationis et emancipationis ad L. Velleiam non pertinent: neque omnes quibus postumus post mortem avi suus nascitur. Nam lex Velleia loquitur de his, qui vivis nobis nascuntur.

Vers. *sed ex sententia.*) Respondet Scævola. Etsi cæteri casus, quibus filius suus esse desinit, vivo avo, prætermissi sunt in formula, tamen interpretatione admittendi sunt. Obiicitur. Ait Scævola, casus omissos a Gallo admittendos esse. Atqui est in *L. commodissime*, *h. t.* casum a testatore omissum pro omisso habendum. Fateor, si de verbis et voluntate testatoris ageretur, quod in unicum casum conceptum est, in alterum omissum videri. Sed hoc loco Scævola non voluntatem testatoris, sed sententiam Galli, quæ pro iure observatur, interpretatur: quarum interpretationum diversa longe ratio est. In voluntate privatorum nunquam a verbis recedimus, nisi manifesta res cogat: *L. non aliter*, *de legat.* 3. quia testator non constituit æquitatem, sed quod sibi videtur, sive æquum sit, sive iniquum: facit enim personarum aut bonorum caussa, quæ facit: quæ non vult ad alios pertinere. At lex omnis constituitur æqui-

quitatis sanciendæ caussa, ut in omnes valeat, unde dicitur, ars æqui et boni. *L. 1. in princ. D. de Instit. et iur. L. 1. de legib.* At hoc æquum est, ut in quibus caussis legis ratio est, lex aptetur. *L. illud, D. ad* L. *Aquil.* Hinc fit ut lex cognita ex sententia ad casus omnes similes producatur. L. *non possunt, D. de legib.* sed ambigitur an de Galli sententia Scævola loquatur. Hoc planum fit ex §. *quare*, qui sequitur, *et* §. *bene.*

Quid si qui.) Sententia est, quemadmodum nepos institui potest, si filius vivo me deportetur: ita recipiendum est, ut possit hoc casu, si filius vivo me captus erit, et sibi decesserit: quia eodem modo in potestate esse desinit. Sed in hoc casu nonnulla dubitatio est. Quid si filius captus post mortem meam decederet? ait nihilominus nepotem recte institutum. Adversatur formula Galli quæ voluit filium vivo me mori. Respondeo: non ideo adversatur. Nam sic est L. Cornelia: qui apud hostes decesserit, videtur tunc decessisse, cum captus est; at filius vivo captus patre est, *L. lex Cornelia, de vulg. L. pater*, §. *ult. et* L. *seq. de capt. et postlim.*

2 *Post mortem scilicet.*) Sic † legitur in Florentinis Pandectis: *post mortem scilicet avi nasceretur.* Mendo manifesto. Nam si hoc modo legimus, oratio contraria dicit. Nam nepos nascitur illis vivis, id est, patre suo et avo. Et idem dicitur nasci post mortem; quæ sunt contraria.

Deinde hæc particula, *vel*, disiunctiva est, et separatas res ponit. Ergo cum prius Scævola nepotem nominarit, deinde subiiciat, *vel*, aliquem tertium intelligat necesse est. Recte Haloander locum restituit. *Post mortem scilicet qui nasceretur.* Est q. pro a. Secundum hanc lectionem sensus est. Quare non induxere, supple, *veteres*, ut hoc casu quem subiicit, nepos; vel etiam adhuc illis, nempe filio et nepote vivis, supple, *apud hostes*, qui nasceretur, supple, *ex illis* (is autem est pronepos,) nasceretur post mortem, supple, *testatoris*: hic non rumperet, id est recte institueretur, ne rumperet. Hoc loco de hoc verbo notat Scævola, hæc verba, *non rumpere*, passim in hoc capite sumi, pro *recte institui.* In §. *si eius* ait: *posset quis nepos ex alterutro iure non rumpere*, id est, recte institui, ne rumpatur. In §. *nunc de lege*, ait: *lex voluit vivis nobis natos non rumpere*, id est, recte institui, ne rumpant. In *vers. seq.* ait: lex multos casus rumpendi abstulit, id est, fecit ut multis casibus institui nepos posset. Hoc ideo usurpat, quia consequens est, si postumus recte instituitur ne rumpat: et contra, si non recte instituitur, ut rumpatur. Itaque alterum pro altero posuit.

Ad §. Si eius, qui.

Si eius, qui filium habeat, et nepotem ex eo instituat, nurus prægnans ab hostibus capta sit, ibique vivo pariat, mox ille post mortem patris, atque avi redeat; utrum hic casus ad legem Velleiam respiciat, an ad ius antiquum aptandus sit: positque, vel ex iure antiquo, vel ex lege Velleia institutus non rumpere? Quod quærendum est, si iam mortuo filio pronepotem instituat, redeatque mortuo. Sed cum testamentum ab eo non rumpatur: nihil refert, utrum ex iure antiquo, an ex lege Velleia excludatur.

SUMMARIA.

1. *Transitio, et rerum nexus.*
2. *Utrum nepos institui possit, dubitandi ratio; Facti species*, et n. seq.
3. *In quo praecipue quaestio consistat.*
4. *Satis esse ut nepos aut ex iure antiquo aut ex L. Velleia recte sit institutus.*
5. Ius antiquum *quid sit hoc loco.*
6. *Quomodo Aquilius Gallus dicitur induxisse ius antiquum.*

1 Scævola duas quæstiones interiicit ex hac occasione. Effectum est † non solum nepotes postumos institui posse, sed etiam descendentes omnes, eosque semper institui posse, ne rumpant, idest, posse institui in omnem casum, quo sui nascuntur. In hoc genere de duabus speciebus dubitatur, quæ subiiciuntur. In his dubitatur utrum nepos, proneposve recte instituatur, necne. Prior in *hoc* §. proponitur. Quæritur † an 2 nepos institui possit, ideo quia dubitatur utrum institui possit ex sententia Galli, an ex lege Velleia. Species est: Qui filium habebat, et nurum prægnantem, testamentum ita fecit

cit: filium instituit, et præterea, si quis ex filio nasceretur suus. Accidit ut nurus ab hostibus capta esset: ibi vivo avo peperit nepotem: deinde patre nepotis mortuo, secundo loco avo, nepos ab hostibus rediit: ex quo intelligitur, suum esse cœpisse, postquam pater eius vivo avo decessit. Quæstio, utrum hic nepos ex lege Velleia institutus sit, an iure antiquo? Quæstio in eo,
3 † utrum hic nepos vivo avo natus sit, an mortuo. Nam si vivo natus est, pertinet ad legem Velleiam. Nec obstat quod fuit in hostium potestate, nam postquam rediit, habetur, quasi captus nunquam esset. Si vero mortuo avo natus est, pertinet ad ius antiquum. Dicet quis: atqui secundum ea quæ proposuimus, quæstio tollitur: posuimus enim vivo avo natum. Sic est, si veritatem naturæ spectemus: sed alio nos ratio iuris civilis ducit, unde ambigendi caussa. Si veritatem spectemus, natus est vivo avo; si rationem iuris, natus est, mortuo. Nam antequam rediret ab hostibus, servus hostium fuit, at servitus mortalitati comparatur, L. *servitutem*, L. *quod attinet*, *de regul. iuris.* Unde fit eum tunc primum natum esse, cum rediit. Respondet
† Scævola: Satis est quod constet nepotem 4
hunc alterutro iure recte institutum. *Nihil ergo refert, utrum ex iure antiquo, an lege Velleia excludatur.* Satis enim est, si alterutro iure admittitur. Dixit, *excludatur*; cum quæstio esset, utrum admitteretur. Verum alterum ex altero intelligitur: nam si una iure excluditur, admittitur altera. Observandum, † quod *antiquum ius* 5
dicat; sententiam antiquam Galli Aquilii intelligit. Hoc ita colligitur: de nepote instituendo Scævola loquitur, si institui potest: necesse est aut ex sententia Galli, aut lege Velleia instituatur. Ergo lege Velleia exclusa, sententia Galli intelligitur. Ius antiquum nominat: quia lex XII. Tabul. inducitur a Gallo, quæ ius vetus nominatur, *L. 1. de petit. heredit.* Inducitur enim hoc ius, ut sui nepotes institui possint; quod ius est legis XII. Tabul. Quæro † si senten- 6
tia Aquilii ius antiquum est, quare dicitur id ius induxisse. Quia quod antea in usu non fuit, in usum introduxit: obstitit enim veterum sententia.

Ad §. Forsitan.

Forsitan addubitet quis, an istis casibus, si nepos post testamentum nascatur vivo patre suo, deinde ex eo concipiatur, isque vivo patre, deinde avo, nascatur: an non potuerit heres institui, quia pater ipsius non recte institutus esset? Quod minime est expavescendum: hic enim suus heres, et post mortem nascitur: Ergo et si pronepos admittetur: qui natus est ex nepote, postea vivo filio, atque si ex eo natus esset, adoptatur.

SUMMARIA.

1. *Florentina lectio notatur, eademque emendatur.*
2. *Quae huius §. species.*
3. *Inde excitata quaestio, utrum pronepos institui potuerit in proposita specie, quae dubitandi ratio.*
4. *Pronepotem recte institui, licet eius pater non potuerit institui. Hoc quale sit, exponitur.*
5. *Altera notatio florentinae lectionis.*
6. *Pronepotem et vivo proavo natum ad eius hereditatem vocari ex L. Velleia et quatenus.*
7. *Exponuntur illa*, atque si ex eo natus esset, adoptatur.
8. *Summa rerum.*

Altera species hoc §. proponitur, in qua dubitatur, an pronepos institui potuerit. Proponitur a Scævola, cum dicit: *an istis casibus*: Intelligit autem præcedentes, in quibus posuit non solum nepotem postumum institui posse, sed etiam pronepotem: sive nepos eum antecedat, sive filius, sive uterque. Quod ab illo positum est, revocatur in quæstionem in spe-
1 cie proposita. De verbis † huius §. monendi sumus locum corruptissime legi in Pandectis Florentinis, ut ostendit Lælius Taurellus, qui lectionem hanc secutus misere conflictatur. Sic scriptum est, *an istis casibus* legendum, *in istis casibus*, item *concipiatur isque.* Si ita legimus, non possumus subaudire in verbo *concipiatur*, nisi is qui præcedit, nempe nepos. At Scævola prius dixerat hunc nepotem natum. Hæc absurde dicuntur, natum nepotem, deinde conceptum, legendum, *concipiatur is qui.* Sensus, concipiatur ex nepote is qui nascetur, nempe pronepos. Item *is qui vivo patre, deinde avo.* Hæc lectio ipsa se oppugnat. Nam

Nam secundum hæc verba intelligitur prius
pater nepotis vixisse, deinde avus postea
vixisse, quod contra naturam est, ut pa-
ter nepotis prius vivat, quam avus. Avus
præcedit etiam; præterea in vita successio
non est, sed in morte, id est, alius alio
prius mori potest. Legendum ergo necessa-
rio ut in aliis libris: *concipiatur is qui
mortuo patre, deinde avo nascatur*, id est,
nascatur mortuo patre suo, eodemque ne-
pote testatoris; deinde avo suo eodemque
filio testatoris: quod eo pertinet, ut intel-
ligatur pronepos suus natus esse, quem vi-
delicet nemo præcessit cum natus est. Spe-
2 *cies* † ergo est. Is qui filium habebat, mul-
to ante tempore, quam moreretur, testa-
mentum fecit, in quo filium heredem scri-
psit, deinde propter spem cæterorum insti-
tuit, si quis sibi nasceretur: et si quis pro-
nepos ex utroque suus nasceretur, eum quo-
que heredem instituit. Is post testamentum
nepotem ex filio suscepit, qui nepos natus
est vivo patre suo: nepos deinde uxorem
duxit: ex eius uxore pronepos conceptus.
Cum postumus pronepos in utero est, pa-
ter huius pronepotis decessit, itemque ne-
pos testatoris. Secundo loco decessit avus
huius pronepotis, item filius testatoris. Ter-
tio loco testatur, id est, proavus: post
mortem proavi pronepos natus est: qualis
natus est? Suus: quia vivo testatore deces-
serunt pater eius, et avus eius: is autem
suus est, quem nemo antecedit, quorum
præcedentes personæ vivo testatore deces-
3 serunt. Quæritur † hic, utrum pronepos
institui potuerit? Scævola dat rationem du-
bitandi, quia pater ipsius non recte insti-
tutus esset; cur id? id caussæ est; (quod
a nullo hactenus intellectum puto) quia
hic nepos natus est vivo patre suo: ergo
non suus, quia non est suus quem pater
antecedit. Rursum fingitur hic nepos deces-
sisse ante patrem suum avum pronepotis.
Ergo nunquam suus fuit, quem semper pa-
ter antecessit: si hoc ita est, institui non
potuit. Si potuit institui, aut ex antiquo
iure potuit, aut lege Velleia: ex antiquo
iure, id est, Galli sententia non potuit,
quia vivo testatore natus est; Gallus de po-
stumis loquitur: nec ex lege Velleia, quia ex
ea lege solum instituitur qui suus nascitur,
aut qui in locum patris sui succedit, §. *nunc
de lege*. Horum neutrum nepos fecit, Ergo
in totum institui non potuit. Et hoc veris-
simum est, nec Scævola dubitavit. Ex eo
consequi videtur. Si nepos pater prone-
potis institui non potuit, pronepos non
potuit, quia nepos pronepotem præcedit:
si præcedens persona non potuit, nec se-
quens. Respondet Scævola, quamvis † ve- 4
rum sit patrem pronepotis institui non po-
tuisse, tamen id non est metuendum, quo
minus pronepos instituatur recte: quia non
recte colligitur: nepos institui non potuit:
ergo nec pronepos: quia utriusque personæ
diversa caussa est, proinde ius diversum.
Nam nepos, pater pronepotis non potuit
institui, quia suus esse non potuit. At pro-
nepos recte instituetur contraria ratione,
quia et suus nascitur et post mortem: quia
præcedentes eum personæ vivo testatore de-
cessisse proponuntur. Et post mortem, sup-
ple *testatoris*. Cur ita supplemus? Ex eo
quod Scævola dicit se proponere hanc quæ-
stionem in casibus superioribus: at in illis
agit de his quæ ad ius antiquum pertinent.
Vers. *Etsi.*) Hic quoque versiculus † men- 5
dose in Florent. legitur *etsi adoptatur*: le-
gendum, *Ergo et sic pronepos admittitur*,
*qui natus erit ex nepote, atque si ex eo na-
tus esset, adoptatur*. Sensus, ut nobis vi-
detur: si pronepos post mortem proavi na-
tus recte instituitur, quamvis nepos pater
eius institui non potuerit: et pronepos idem
vivo proavo natus recte admittetur. Scævo-
la dicit, *vivo filio*, videlicet testatoris, et
cum *vivo filio* dicit, multo magis, vivo
proavo. In priore specie ex iure antiquo
admittitur, in posteriore ex L. Velleia. Si
pronepos † ex iure antiquo admittitur, ad- 6
mittetur etiam ex L. Velleia, vivo proavo,
id est testatore natus. Supplendum, dum-
modo, ut in priore specie, pater pronepo-
tis, idemque nepos; et avus pronepotis,
item filius testatoris decesserint. Sic autem
† pronepos admittetur; *sic* id est, perin- 7
de, atque, id est, ut admitteretur, si ali-
quis iam natus ex nepote esset adoptatus.
Ratio comparationis: si quis extraneus in-
stitutus esset, deinde ex nepote esset ado-
ptatus: mortuo nepote, et filio testatoris,
recte institutus esset, nec rumperet testa-
mentum. L. *filio*, §. *ult. h. t.* Ergo et hic
pronepos, qui non adoptatus, sed natus
erit, et mortuis præcedentibus personis in
eorum locum successerit. Hæc recte compa-
rantur. Nam ut agnatione sui heredes fiunt,
ita adoptione, §. *adoptivi*, *de Exered. li-
ber*. Si arrogatus recte institutus est, et qui
nascitur recte instituetur. Ita in † hoc §. 8
toto Scævola hoc agit. Comparat inter se
pronepotem, qui post mortem testatoris na-
scitur, et pronepotem qui vivo proavo na-
scitur, et pronepotem qui adoptatur vivo
proavo. De his omnibus una Scævolæ defi-
nitio est, omnes istos recte institui, neque
ob-

obstare, quod dubitabatur, si pronepotem hunc nepos præcesserit, quamvis hic nepos institui non potuerit. Sic in summa nullum casum existere in quo postumi nepotes non possunt recte institui.

Ad §. In omnibus.

In omnibus his speciebus illud servandum est, ut filius duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus. Nam frustra exheredabitur post mortem suam. Quod id non esse necessario in eo filio, qui apud hostes est, si ibi decedat: et in nepote certe, et pronepote: quorum si liberi heredes instituantur, institutionem nunquam exigemus: quia possunt præteriri.

SUMMARIA.

1. *Nepotem postumum cautione Aquiliana institutum minime admitti, nisi huius pater, qui adhuc est in potestate, fuerit ex parte institutus* et n. 3.
2. *Non autem exheredatus, et quare.*
4. *Quid si idem testatoris filius tempore testamenti captus apud hostes etiam decesserit.*
5. *Quid in nepote aut pronepote, horum filiis institutis.*
6. *Summa rerum quæ in superioribus §§. sunt pertractata.*

1 HOC loco ponit Scævola, † quod quarto loco animadvertendum sit, id autem est. Quod Gallus simpliciter posuit, nepotes institui posse ex supra dicta cautione de filio qui nepotem præcedit, nihil attigit: unde quæritur, quid de eo statui debeat. Hoc relinqui videbatur sententiæ iuris communis, videlicet, hunc institui aut exheredari debere, alioqui testamentum ratum non esse. *L. pen. h. t.* Quod ergo ne quis
2 putaret ita esse, Scævola monet, filium, † qui nepotem præcedit, exheredari non posse: quia post mortem suam exheredari videbitur. Hic duo notanda. Primo, si filius hic exheredetur, post mortem suam exheredari. Id colligitur hoc modo: quia ex sententia Galli nepos instituitur sub hac conditione, si filius morietur. Porro ex conditione institutionis exheredatio pendet: quoniam prius quam institutio exitum habeat, nihil in testamento scriptum valet. *L. 1. de vulg.* Ergo in exheredatione eadem conditio intelligitur, ipse filius exheres esto, si morietur, item in *L. si ita scriptum*, §. *ult. hoc tit.* Alterum Scævola dicit, neminem post mortem suam exheredari posse. Id manifestam rationem habet. Nam prius est ut aliquis sit in rerum natura, quam heres aut
3 exheres esse possit. Cum filius † exheredari non possit, utrum institui debet? Si filius est qui præcedit, et in potestate est, insti-
4 tui debet. Si ab † hostibus captus est ibique decedat, institui non est necesse. Si ne-
5 potes † fuerint, quod cum horum filii instituuntur, nepotes instituere necesse non est: posse præteriri. §. *sed non ita, de exhered. liberor.* Hoc dictum Scævolæ accipiendum est de iis nepotibus, quos filius non antecedit, cum proavus testamentum facit; aut de iis, quos filius antecedit, sed ante filium decesserunt. Quod si filius nepotes antecessit, deinde filius ante decessit, nepotes in filii loco succederent et successione rumperent testamentum, §. *nunc si*, §. *videndum*, *h. L.* quare de his nepotibus hoc dictum accipi non potest. Summa † prædictorum 6
hæc est: quatuor animadverti a Scævola proponimus circa Galli sententiam. Gallus nepotes postumos institui vult sub conditione: ea prætermitti potest, ut nihilominus intelligatur. §. *quidam.* Secundo de nepotibus cavit; de pronepotibus et cæteris idem intelligendum est, hos videlicet institui posse eadem conditione, si præcedentes eos personæ vivo testatore *suæ* esse desierint, §. *idem credendum*, *cum duob. seqq.* Tertio conditionem concepit in casum mortis filii: in hoc casu res non consistet; sed admittendum est, quibuscunque casibus filius in potestate esse desierit, sive morte, sive capitis minutione, nepotem ex eo recte institui, ut suus nasci et institui intelligatur; §. *et quid si tantum.* Postremo de filio Gallus nihil locutus est, cuius tamen institutio aut exheredatio præcedere debuit, ut institutio nepotis valeat, *L. pen. h. t.* de hoc ita est ut modo diximus, filium institui debere, exheredari non posse. Sequitur de lege Velleia.

ad §.

Ad §. Nunc de lege.

Nunc de lege Velleja videamus, quæ voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum. Et videtur primum caput eos spectare, qui cum nascerentur, sui heredes futuri essent. Et rogo: si filium habeas, et nepotem nondum natum ex eo heredem instituas: si filius decedat; mox vivo te nepos nascatur. Ex verbis dicendum est, non rumpi testamentum: ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos eo tempore instituatur, quo filius non sit: verum et si vivo patre nascatur. Quid enim necesse est, tempus testamenti faciendi respici? cum satis sit observari id tempus, quo nascitur? Nam et si ita verba sunt, *Qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit etc. etiam si parente vivo nascatur.*

Sequenti parte succedentes in locum liberorum, non vult lex rumpere testamentum: et ita interpretandum est: ut et si filium, et nepotem, et pronepotem habeas: mortuis utique pronepos institutus succedens in sui heredis locum, non rumpat. Et bene verba se habent. Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit: ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilii sententia diximus. Nec solum si nepos vivo patre decedat, nec succedens pronepos avo mortuo rumpat: sed et si supervixit patri, ac decedat; dummodo heres institutus sit, aut exheredatus.

SUMMARIA.

1. *Rerum nexus.*
2. *Duo fuisse L. Velleiæ Capita.*
3. *Prioris Capitis restitutio, et compendiaria expositio.*
4. *Ex Posteriore capite liberos et deinceps in suorum locum succedere cum sui esse desierint gradu proximiores.*
5. *Proinde Nepotes iam natos ex L. Velleia non posse impune præteriri.*
6. *Testamentum in quo institutus est nepos qui tum erat extraneus, non minus ex L. Velleia ratum fore, postquam suus esse cœperit.*
7. *Verba illa prioris L. Velleiæ capitis* qui ei suus heres futurus erit, *exponi in* §. et videtur: *eaque ad nascituros dumtaxat pertinere, qui tamen et vivo patre sunt instituti*, et n. 8.
9. *Emendata Florent. lectio, et locus restitutus* §. Et videtur vers. rogo *h. L.*
10. *Removetur difficultas doctrinæ superius n.* 8. *propositæ contraria.*
11. *Ratio superioris doctrinæ, et argumentum a maiori.*
12. *Sententia secundi L. Velleiæ capitis* §. sequentis *vers.* Vt ita interpretandum *tradita illustratur.*
13. *Exponitur ex* §. sequenti *vers.* non solum, *et locus ille restitutus.*

1 QUod omissum † est sententia Galli, id lege Velleia confectum est. De nepotum, qui nondum nati erant, institutione, aut nondum sui, id antea deerat. Gallus de nepotibus tantum postumis induxit; de his qui post testamentum nascuntur, nihil. Unde fiebat, ut quemadmodum ante, ita post cautionem Galli ne hi quidem institui possent. Probabile est a Gallo factum id eo consilio, quod si vivo avo postea nascerentur, fuit in eius potestate testamentum mutare, et nepotem instituere, sed multis modis accidere potest, ut testamentum mutare non liceat: Periculum item relinquitur, cui lege Velleia prospectum est: ut quemadmodum postumos instituere licuit, ita liceat, qui vivis nobis nascentur, quos ex tempore testamenti alius præcedebat: *Voluit*, inquit, *vivis nobis natos*, videlicet nepotes, de quibus agitur, *testamentum non rumpere*, idest institui posse et debere, ne rumpant. Legis † duo capita fuerunt, quod 2
probatur ex vers. *videndum*, ubi nominatur posterius: quod non est nisi in duobus.
Prius † est: *qui testamentum faciet, is* 3
omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit. (hæc verba tantum relicta nobis sunt in vers. *nam etsi ita*, coniectura est ergo hæc verba supplenda esse) instituendi exheredandive potestatem habeto, ut *instituendi* referas ad illud, *omnis.* Ego malim verba ita restitui. Qui testamentum faciet, is omnem virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit, uti instituere aut exheredare cum nominatim volet, ita ius potestasque esto. Sic leges veteres per-

permittentes aliquid concipi solebant: intelligitur exemplo L. XII. Tab. in *L. verbis*, *de verb. significat. et L. 1. ad L. Falc.* Verba hæc prioris capitis fuisse intelligimus ex §. *illo*, *in h. L.* vers. *denique.* Nam Scævola dicit priore capite permitti institui eos, qui sui erunt, cum nascentur: ad hanc sententiam verba a nobis restituta sunt. Quænam fuit occasio huius capitis? quod nepotes nondum natos instituere non licuit, si pater eos antecedebat, non magis quam eos, qui post mortem avi nascuntur. De postumis cautum erat sententia Galli; relinquebatur de his cavendum, qui vivo avo
4 nascerentur. Alterum † caput fuit. *Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit*, *liberi eius et cæteri in locum suorum heredes succedunto*; neque eo minus, si instituti exheredative erunt, testamentum ratum esto. Priora verba diserte sunt in §. *videndum.* Ea verba, *neque eo minus*, intelligimus fuisse *ex §. ille*, vers. *denique.* Nam ibi dicitur, *lex posteriore capite*, *non permittit institui iam natos*, *sed si instituti sunt*, *vetat rumpi*, et vetat ne ob eam caussam testamentum minus ratum sit, in quod nepos succedit; Hoc caput intelligitur, separatim verbis enarratis.

Si quis ex suis heredibus.) idest, si quis ex his qui in potestate testatoris fuerunt, quos gradu nemo antecederet.

Suus esse desierit) idest, in potestate vivi testatoris esse desierit, ut nihil referat, quomodo in potestate esse desinat: morte, an capitis minutione, §. *postumorum*, *de exher. liber.*

Liberi eius, et cæteri.) Cum de liberis lex loquatur, perspicuum est iam natos intelligi, idest, eos quos filius habuit nepotes, cum adhuc suus esset; quia non sunt liberi, qui non sunt in rerum natura. Inde veteres dixerunt, hoc caput ad iam natos pertinere.

In suorum heredum locum succedunto.) idest, eorum locum occupanto, et sui esse
5 incipiunto. Quæritur †, quorsum hæc verba legis? Respondeo verborum significatio alio pertinet, sed non ipsa res alio refertur. Nam ex eo quod lex iubet nepotes *suos* fieri, intelligit eos præteriri impune non posse, et ita legem tacite iubere, ut instituantur aut exheredentur. Iustinianus sic accipit in *d. §. postumorum*, *in* vers. *ne ergo.* In summa lex voluit his verbis, nepotes iam natos institui aut exheredari, cum parentes eorum decessissent: quia antea nepotes natos licebat præterire, §. *sed non ita*, *de Exered. liber.*

Neque eo minus.) idest, quod † nepo- 5
tes in parentum suorum locum succedunt, non eo minus testamentum ratum sit, si forte antea instituti fuerint. Dubitabatur enim si nepos iam natus institutus esset antequam suus heres avo esset, deinde postea suus esse inciperet: videri enim potuit inutilis esse præcedens institutio, quasi novus heres esse cœpisset, qui non esset institutus. Ideo lex cavit. Si antea quam nepos suus esse cœpisset, institutus foret, non eo minus institutionem valere, si postea suus esse cœperit, idest, successerit in locum patris: ex his verbis intelliguntur verba in §. *illo*, *vers. denique in fin.*

In vers. *Et videtur.*) Scævola † inter- 7
pretatur illa verba, *qui suus heres futurus erit.* Hic dubitatur, an generalia sint et tam pertineant ad iam natos, quam nascituros. Nam qui natus est, cum instituitur, quamvis pater præcedat, tamen post suus fieri potest, patre mortuo. Quæstio ergo, utrum verba ad utrosque pertineant, Scævola ait pertinere ad eos, qui nascentur sui, non autem iam natos. Ideo bene dixit, *videtur*, quia verba aliud significant. Hoc colligit Scævola interpretatione voluntatis. Nam sequente capite agitur de iam natis, non in priore. Deinde priore capite lex permittit institui nepotes nondum natos non fuit necesse in iam natis id facere: solum enim postumi non poterant: ergo caput hoc ad natos non pertinet. Hinc quæritur, quæ *vers. et rogo*, sententia est: Si hoc caput non pertinet ad nepotes iam natos, quos
pater antecedit: utrum † non pertinebit et- 8
iam ad nepotem conceptum, quem pater antecedit, quia qui conceptus est, prope iam natus habetur. *L. qui in utero*, *de stat. homin.* Respondit Scævola: *ex verbis dicendum est*, hunc posse institui, qui suus nascetur, quamvis pater eius vivat, cum instituitur. *Ex verbis*, dicit: quia verba huius capitis non sunt hæc: qui suus esset, si nunc nasceretur; sed qui suus erit, cum nascitur. Ex quibus intelligitur satis esse, si nepos suus nascatur: sive institutus fuerit, cum pater eius mortuus esset,
sive cum viveret. Secundum hæc † locus ita 9
restituendus est. Legitur in Florentin. *et rogo*, in aliis, *quid ergo*: hoc rectius. Nam hæc locutio, *quid ergo* servit dubitationibus, quæ ex præcedentibus inferuntur, qualis est hæc: Item in Florent. legitur, *nondum natum tantum*, apparet legendum, *nondum natum tamen*: qua comparatio ducitur a nato ad eum qui conceptus est, nondum natus tamen: in quibus par caus-

sa esse videbatur. Deinde dicit *si nepos*, delenda sunt verba, *qui et nascatur*: locus ita legendus, ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos eo tempore instituatur, quo filius non sit; verum et si vivo patre.

10 Vers. *quid enim.*) Respondet † tacitæ obiectioni. Non potuit nepos nondum natus institui quem pater antecedit, cum instituitur, quia hic nepos si nascatur, alienus est, ex definitione alieni postumi. §. *postumo*, *de legat.* Respondet Scævola. Sic alienus est, si tempus spectemus, cum instituitur: quid autem necesse est, id tempus spectari cum satis sit tempus, cum nascitur, observari.

Vers. *Nam etsi.*) Legendus est uno tenore usque ad verba, *Et ita interpretan-*
11 *dum.* Est autem † sententia: nondum natum, cuius pater vivit, recte institui posse probat hoc argumento: Etsi verba prioris capitis ita sunt ut sequitur, ex quibus intelligi potest, id ita esse ut diximus: tamen si quis dubitat adhuc, sequenti capite dubitatio tollitur. Nam in sequenti capite etiamsi nepotes parente vivo nascantur, tamen lex vult eos recte institui, quamvis in parentum suorum locum succedant: argumentum est ex maiori. Si iam natos instituere licet, quos pater antecessit, multo magis nondum natos licebit, qui sui nascuntur, Nam qui sui nascuntur, nunquam fuerunt nisi sui, qui nati fuerunt vivo patre, aliquando fuerunt non sui, hi possunt institui, multo ergo magis alii.

Et ita interpretandum.) His verbis † in- 12
terpretatur Scævola verba secundi capitis: *liberi eius et cætera* ad hanc sententiam. Cum suus heres suus esse desierit, non solum liberi proximi in eius locum succedunt, sed proximis deinceps remotis, inferiores succedent, et ita in infinitum suo ordine. Hoc docet exemplo: aliquis filium habet, nepotem, pronepotem. Non solum filio remoto nepos succedit in locum, sed utroque remoto, pronepos in eorum locum succedit. Legendum ergo, *mortuis utrisque*, *pro mortuis utique.*

Et bene.) Hæc verba per parentesin interposita sunt. Obiter verba legis expendenda sunt, *qui suus heres esse desierit*: quæ verba pertinent ad omnes casus, quibus suus heres desinere potest, et ideo nihil supplendum est, ut in Galli sententia diximus.

Non solum.) Redit † ad illud quod pro- 13
xime de pronepote posuerat. Sensus est: et filio et nepote mortuo pronepos in eorum locum succedit. Idne perpetuo verum est, sive prius filius moriatur, sive nepos? Ait nihil interesse utrum prius mortuus fuerit, dummodo si filius præmoriatur, nepos institutus aut exheredatus fuerit, ne videlicet successione rumpat testamentum. Est eadem dubitatio quæ supra in §. *nunc si.* Locus quoque hic vitiosus est: legendum, *nec solum si nepos vivo patre decedat, succedens pronepos avo mortuo non rumpet, sed et si supervixit patri.*

In §.



In §. Videndum num.

Videndum, num hac posteriore parte. *Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit: liberi eius*, et cætera, *in locum suorum sui heredes succedunto:* possit interpretatione induci, ut si filium apud hostes habens, nepotem ex eo heredem instituas: non tantum si vivo te filius decedat, sed etiam post mortem antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpet. Nihil enim addidit quo significaret tempus: nisi quod (licet audenter) possis dicere, vivo patre hunc suum heredem esse desiisse: licet post mortem decedat: quia nec redit, nec potest redire.

SUMMARIA.

1. *An nepos ab avo institutus patre captivo, et post avi mortem decedente apud hostes, in locum patris succedendo, rumpat testamentum.*
2. *Quæ dubitandi ratio.*
3. *Scævolæ sententia.*
4. *Prior Scævolæ ratio ab ipso repudiata.*
5. *Altera Scævolæ ratio eaque vera.*

DUbitatur an nepos vivo avo natus recte institutus sit, ut testamentum non rimpat. Prior quæstio oritur ex posteriore capite legis Velleiæ. Iubet lex eum nepotem, cuius pater esse *suus* desiit, in locum patris *suum* heredem succedere. Quæritur er-
1 go † quid si pater habeat filium et ex eo nepotem, filium autem apud hostes, ibique filius post mortem avi decesserit: quæro utrum nepos recte institutus sit, ut succedens in locum patris sui non rumpat avi
2 testamentum? Caussa † dubitandi ex verbis capitis posterioris, quibus lex iubet nepotem succedere in locum filii, si filius suus heres esse desierit. Hæc autem verba non possunt intelligi nisi de eo filio, qui vivo avo suus esse desinit. Nam nemo *suus* aliter desinere potest. At filius post mortem avi decessit, ex quo efficitur hunc nepotem ad hoc caput non pertinere. Respondet Scæ-
3 vola † *videndum esse*, *num possit induci*, ut hic nepos recte instituatur: quod sic interpretamur, quasi Scævola dicat: nobis videtur induci posse. Sententia hæc nostra est, his verbis Scævolam non ponere quæstionem, sed sententiam suam proponere. Sic enim veteres solent, cum de re aliqua dubitatur, modestius eam sententiam suam proponere quasi dubitantes. Probatur exemplis quæ a Duareno collecta sunt *Lib.* 12. *Disput. C.* 11. Inter cætera unum locum citabo in quo Caius sententiam suam eodem modo extulit: in *L. habere licere*, *circa fin. de eviction.* Præterea Scævola sententiam suam affirmare intelligitur, quod rationem statim subiicit, ratio autem subiicitur sententiæ Ergo ait †
4 hunc nepotem institui posse, institutum non rumpere, quamvis in locum patris sui succedat. Ratio: *nihil enim addidit quo tempus significaretur.* Sensus: lex simpliciter voluit nepotem succedere, si filius suus esse desiisset, nec distinxit, quo tempore suus esse desiisset, utrum vivo adhuc avo, an mortuo. Ergo quocunque tempore nepos successerit, testamentum non rumpetur. Hanc rationem postea Scævola repudiat tanquam falsam in *vers. nisi.* Et merito. Nam lex quidem tempus nominatim non distinguit, quo filius suus esse desinet: sed hoc in ipsa intelligitur: quia filius non desinit suus heres esse, nisi vivo patre: §. *sui*, *de Hered. qualit.* quia Si moriente patre suus heres sit, statim existit heres ipso iure *L. in suis et legit.* §. *sed sui*, *de Hered. ab intest.* Heres autem qui semel extitit, nunquam esse desinit, *L. ait prætor*, §. *sed quod Papinianus*, *de Minor.* Subiicit ergo † hanc 5
rationem. Superior ratio esse potuit, nisi malimus aliam, quæ vera est, et ut ipse loquitur, *nisi possis dicere*, (*quod licet audenter*) hunc nepotem vivo avo succedere in locum filii, quia filius vivo avo suus esse dicatur. Obiicitur: atqui filius in hac specie mortuo avo proponitur decessisse, ergo et mortuo avo suus heres esse desinit. Respondeo natura mortuo avo decessit, iure civili fingitur vivo avo decessisse, videlicet lege Cornelia testamentaria, ut qui ab hostibus captus est, si ibi decedat, videatur statim decessisse cum captus est *L. pater* §. *ult. et seq. L. de Captiv.*

In §.

In §. Ille casus in difficili est.

Ille casus in difficili est: si filium habeas, et nepotem nondum natum instituas, isque nascatur vivo patre suo, ac mox pater decedat. Non enim suus heres est tempore, quo nascatur: nec posteriori alii succedendo prohiberi videtur rumpere, quam qui iam natus erat. Denique et superiore capite: ut liceat institui nondum natos, qui cum nascentur sui erunt, permitti: posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi: neve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porro procedere debet, ut utiliter sit institutus: quod nullo iure potuit, qui nondum natus erat? Iuliano tamen videtur, duobus quasi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta. Quæremus tamen (cum recepta est Iuliani sententia) an si nascatur nepos vivo patre suo, deinde emancipetur, sponte adire possit hereditatem. Quod magis probandum est, nam emancipatione suus heres fieri non potuit.

SUMMARIA.

1. *Species huius §. et inde nata quæstio.*
2. *Hæc a Scævola disputata in utramque partem.*
3. *Nepos adhuc in utero ab avo institutus, mox vivo patre natus, eoque demum decedente* suus *factus minime ex Iuliani I. C. sententia rumpit testamentum et quare.*
4. *Exponitur versic.* posteriore capite etc. *cuius eadem quæ est superiore num. indicata sententia.*
5. *Nepos ita ut proxime dictum est, institutus qui deinde ab avo emancipetur; hic idem heres erit non necessarius, et hoc quomodo ex L. Velleiæ posteriore capite consequens.*
6. *Quid novi hic constituerit Iustinianus.*
7. *Omnes liberi etiam qui in potestate non sint, aut instituendi sunt aut exheredandi; præteriti vitiant testamentum, licet dissimili modo.*
8. *Si sint emancipati; et hi quatenus.*
9. *Aut liberi a matre præteriti; hi autem quomodo.*
10. *Contrariis occurritur.*
11. *Summa iuris constituti de liberis et parentibus instituendis, aut exheredandis*, et n. 12.

1 QUæstio † huius speciei nascitur ex distinctione duorum capitum legis Velleiæ. Prius caput pertinet ad eos qui nascentur sui; posterius ad eos qui iam nati sunt, deinde vivo avo succedunt in locum patris. Hinc quæritur de hac specie; pater filium habet, et ex eo nepotem nondum natum: is nepos deinde nascitur, vivo patre suo, eodemque filio avi: post pater moritur, ita ut nepos solus primum locum teneat, deinde avus moritur: quæritur an nepos ita sit institutus, ut testamentum rumpat. Scævola
2 rem † disputat in alteram partem, probat hunc institui non potuisse, et ideo rumpere testamentum. Id ita colligitur: si nepos vivo avo natus institui potuit, necesse est ut potuerit alterutro capite legis Velleiæ, at neutro horum recte institutus est. Ex priori non est, quia priore capite institui tantum potest, qui suus nascetur, hic nepos vivo patre nascitur, ergo non suus. Ex posteriore non potest: nam eo capite non potest alius non rumpere, quam qui natus est, cum instituitur; hic nondum natus erat: ergo neutro capite institui potest, quare nec simpliciter; rumpeturque testamentum. Obiicitur: at hic ante institutus est? Respondet Scævola tacite: non pertinet ad rem quod institutus est, nam ut non rumpat, præcedere debet ut utiliter sit institutus, quod hic non potuit. Scævola ita †
respondet de sententia Iuliani. Hic nepos ex 3
alterutro capite legis Velleiæ separatim institui non potest, sed commixtis capitibus recte instituetur. Commiscebuntur capita ut quod uni deest, ex altero suppleatur, sic quasi tertium efficiatur. Prius caput ad eos pertinet, qui postea nascentur; et hic nepos postea natus est; hac ergo parte ad prius caput pertinebit. Posterius pertinet ad eos, qui vivo patre nati, post in locum eius successerunt: hic nepos idem fecit. Ergo hac parte ad secundum caput pertinebit, ut hoc caput efficiatur: Institui posse qui post nascentur nepotes, et mortuo patre suo in locum eius succedent.

Nec posteriore.) In aliis exemplaribus,

nec

nec posteriori alii: item *aliis*, legendum apparet, *nec posteriore aliis succedendo videtur rumpere.*

4 *Posteriore capite.*) Sensus, † lex Velleia posteriore capite non permittit institui iam natos, quia necesse non fuit: ante enim institui poterant, cum nihil tale prohiberet; sed vetat rumpi, idest, vetat testamentum rumpi ab his nepotibus, qui antea instituti in locum parentum suorum successerunt; et vetat ne ob eam caussam minus ratum sit quod agitur, vel testamentum, quod nepos succedit in sui parentis decedentis locum, id iccirco lex vetat: quia id futurum erat, nisi vetaret: non enim videtur institutus, qui tanquam extraneus institutus, postea suus heres esse cœpit, quasi novus heres esse cœperit.

5 *Vers. Quæremus.*) Sententia † est Scævolæ. Nepos qui vivo patre natus est, sive ante testamentum natus est, sive post, ex Iuliani sententia. Si institutus sit et emancipetur ab avo, non erit necessarius heres, sed sua sponte hereditatem adire poterit. Cur hoc additur? videtur nobis Scævola hic verbis interpretari verba posterioris capitis: *in locum suorum heredum, sui heredes succedunto.* His enim efficitur, quoties filius suus esse desinit, nepotem locum eius occupare, ex quo intelligitur, eundem nepotem necessarium heredem esse, et ideo heredem fieri vel invitum, non sua voluntate §. *sed sui, de Her. ab intest.* Hinc commode quæritur, cum verba legis hæc sint: quid si nepos interim emancipetur, an nepos ex verbis legis suus heres succedet et invitus existet? ait Scævola, verba legis hanc sententiam non habere, et in specie proposita nepotem suum heredem non futurum, sed sua voluntate hereditatem aditurum, quia emancipatione suus fieri non potest, idest, propter emancipationem, et quia suus non est, ne necessarius quidem erit, §. *pen. et ult. de Hered. qualit.* Summa: quod lex dicit, *si filius suus esse desierit, liberos eius in locum eius succedere*, tanquam suos heredes: hoc *tanquam suos*, sic accipi debet: nisi antea liberi emancipati fuerint: emancipatio, ne sui efficiantur, impediet.

Quoniam nepotes instituere aut exheredare necesse est, constitutum est ut possent institui, quamvis posse non putabantur, cum alieni postumi viderentur. Effectum hoc est aucturitate Galli, et lege Velleia: Gallus de postumis cavit: lex Velleia de his, qui vivis nobis nascuntur. Utroque inductum est ita institui licere, si sui nascerentur, idest, si parentes eorum sui esse desiissent vivo avo: ex qua conditione intelligitur non alios quam suos postumos institui posse etiam ex sententia Galli et lege Velleia. At nunc Iustiniani † constitutione omnis iste labor sublatus est, *Tit. institut. de bonor. possession.* Ea constitutione effectum est, ut non modo nepotes, qui sui nascentur, institui possint, sed etiam qui vivo patre nascentur, et quorum pater mortuo avo vivit. 6

Interim relinquitur liberos omnes non solum filios, se etiam nepotes institui aut exheredari oportere, hac tamen conditione, si sui erunt, idest, si erunt in potestate morientis, et primum gradum tenebunt: quod si in potestate non sint, iure civili licuit hos impune præterire. L. *antepen. L. in suis, h. tit.* At multi liberi sunt qui non sunt in potestate testatoris, ut emancipati. §. *præterea, quib. mod. ius patr. potest.* Item qui ex emancipatis concepti sunt §. *postumo de legat.* Postremo liberi in matris potestate non sunt, nec in eorum potestate, qui per matrem ascendunt: restat ergo de his quoque dicendum. De his sic † ius est. Non minus reliqui liberi qui in potestate non sunt, instituendi aut exheredandi sunt: his præteritis inutile fiet testamentum; sed dissimiliter. Emancipatis † præteritis, testamentum iure civili valet, sed iure prætorio his datur bonorum possessio contra Tabulas §. *emancipatos de Exheredat. liber.* Bonorum possessione petita eodem modo res ad caussam intestati redigitur. *L. non putavit, §. ult. de bon. poss. cont. tab.* Utrum ipso iure testamentum non valeat, an bonorum possessione petita rescindatur, hoc interest: quod fieri potest ut bonorum possessio non petatur, vel quod non possit, vel quod nolit filius. His autem exheredatis eadem querela inofficiosi datur, quæ suis heredibus: bonorum possessio non datur *L. non putavit, in princ. L. si post, §. exheredatum, de bonor. posses. cont. tab.* Quod attinet † ad liberos qui a matre præteriti sunt, exitus hic est, ut sive exheredati sint, sive in totum præteriti, testamentum iure civili valeat, nec edicto Prætoris infirmetur: quoniam Prætor bonorum possessionem dedit his solum, qui sui essent, si in potestate mansissent, *L. illud, §. 1. de bonor. possession. contr. tabul.* Sed ut si exheredati essent a patre: ita his querela inofficiosi dabitur, cum generaliter liberis detur, *Titul. de inoff. testam. L. 1. 2. 3. de inoffic.* Sed hæc † res in quæstionem vo- 7 8 9 10

vocatur propter constitutionem novam Iustiniani. *Authent.* 115. §. *ad hæc aliud*, §. *sive igitur.* ubi dicitur omnes liberos ex æquo instituendos aut exheredandos: si contra factum erit, testamentum rescinditur: quibus verbis omnes liberi eodem iure habentur, idest, et sui et emancipati. Ex quo colligitur, si suis præteritis testamentum inutile est, inutile fore, emancipatis præteritis. Respondeo. Constitutio Iustiniani sententiam superiorem mutare non debet. Nam omnia dicimus ei constitutioni convenientia. Iustinianus id solum cavit, ne præteritio patris aut exheredatio liberis noceret. §. *sive igitur.* At filius bonorum possessionem petendo nullum præiudicium patitur. Præterea etiam Iustinianus testamentum rescindi vult ex æquo: et hoc fit bonorum possessione contra tabulas petita. Summa: dummodo liberis non noceatur præteritione parentis, Iustinianum nihil curasse, quo modo testamentum rescinderetur; quare hoc ex vetere iure sumendum est. *Vigilius in pr. tit.*
11 *de inoff. test.* Summa † totius iuris de liberis. De liberis quærimus instituendis aut exheredandis. Ius de omnibus unum est: qui modo primo gradu erunt, hos institui aut exheredari debere; si præteriti sint, aut sine caussa exheredati, testamentum inutile erit, aut post efficietur. Sed hæc distinctio est: Si sui præteriti sunt, testamentum iam statim a principio inutile est; si emancipati præteriti sunt: iure civili valet testamentum, sed bonorum possessio contra tabulas eis datur, qua idem consequuntur. Si horum utrique exheredati erunt, una quærela subsidio iis relinquitur, in qua vincunt, sive caussa exheredationis a Iustiniano comprehensa non fuerit, sive adscripta non erit, sive ab heredibus scriptis non probabitur. Quod si liberi fuerunt, qui nec sui fuerunt, nec in potestate esse possunt: eodem iure tunc est præteritio patris et exheredatio. Itaque liberis querela de inofficioso datur. Sed quæcunque iure erunt, idem consequentur; hoc intererit, quod cum ab initio testamentum inutile est, nunquam scriptis heredibus locus esse potest. Cum autem a principio valet, sæpe contingere hoc potest, quia liberi non semper suis remediis utuntur. Post
liberos † cura esse debet parentum. Itaque 12
parentibus præteritis testamentum valet, sed iis eadem quærela dabitur, quæ liberis. L. 1. 2. 3. *de inoff. t. Inst. de inoff. test.* In hac querela vincent parentes, si aut caussa non fuerit exheredationis, ex his quas Iustinianus complexus est, aut adscripta non erit, aut non probabitur ab herede, *d. Nov.* 115. §. *ad hæc quoque.* §. *Sed hæc ita.* Si nec liberi nec parentes erunt: testator impune cæteros cognatos negligit, præterquam si fratres erunt, et turpes personæ erunt institutæ. Hoc enim casu querela inofficiosi fratribus datur §. 1. *de inoffic. L. fratres. C. de inoffic.* In omnibus hoc notandum. Ex caussa præteritionis aut exheredationis rescissum testamentum, ad institutiones tantum non valere, cætera quæ relicta sunt, valere. *Authent. ex caussa. C. de lib. præt.*

F I N I S.